Anfechtung und Aufrechnung als Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde, welche mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

zugleich mit den angehängten Thesen

am 30. November 1914, 12 Uhr

öffentlich verteidigen wird

Helmuth Delbrück
Referendar in Stettin

Opponenten:
Herr Referendar **Dr. Konrad Böttcher-Halle**
Herr Referendar **Fritz Aurin-Nordhausen**

ACAD.
UGD. BAT.
BIBL.

Druck von W. Kohlhammer in Stuttgart
1914

Referent:

Herr Professor Dr. Pagenstecher

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Abgrenzung der Aufgabe 1

Erstes Kapitel.
Die Rechtsnatur der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 2. Einiges über das Wesen des rechtskräftigen Urteils 11
§ 3. Einiges über Prozesshandlungen 15
§ 4. Die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung im allgemeinen . 18
§ 5. Die Zulässigkeit der Aufhebungserklärung im Prozess 24
§ 6. Die Aufhebungserklärung im Prozess als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung 28

Zweites Kapitel.
Die Form der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 7. Allgemeines über die Form 51
§ 8. Abgabe der Erklärung durch gesetzliche Vertreter 54
§ 9. Abgabe der Erklärung durch Prozessbevollmächtigte 59
§ 10. Andere Fälle der „Vertretung“ 74
§ 11. Abgabe der Erklärung im vorbereitenden Schriftsatz 83

Drittes Kapitel.
Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 12. Der Eintritt der Wirksamkeit 86
§ 13. Mängel in der Abgabe der Erklärung 91
§ 14. Anfechtung und Widerruf der Erklärung 104
§ 15. Nichteintritt der Wirkung 108
§ 16. Nachträglicher Fortfall der Wirkung. Wiederaufnahme des Verfahrens 118
§ 17. Anhang. Einhaltung von Fristen 122

Viertes Kapitel.

§ 18. Einige praktische Ergebnisse 126

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544302_0356

Verzeichnis der benutzten Schriften*).

Auerbach, Replik zur abgeänderten Zivilprozessordnung, in JW. 99, 693 ff.

Berolzheimer, Zu § 81 der neuen ZPO., in JW. 99, 649.

Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. I, 1908.

Binder, Prozessführung und Verfügungsmacht. In Bernhöft und Binder, Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1902, S. 103 ff.

Brettner, Der Prozessvertreter und die Aufrechnung, in DJZ. 3, 343.

Bülow, Das Geständnisrecht, 1899.

— Klage und Urteil, in ZZP. 31, 191 ff.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozess, in ZZP. 26, 197 ff.

— Prozessrechtsgeschäfte, in ZZP. 35, 401 ff.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900, Bd. II, 1902.

Degenkolb, Das Anerkenntnisurteil, 1905.

Dernburg-Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 4. Aufl. 1909/1914.

Eccius, Die eventuelle Aufrechnung, in Gruchots Beitr. 42, 15 ff.

— Nachträgliche Bemerkungen über die eventuelle Aufrechnung, in Gruchots Beitr. 42, 233 ff.

— Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in Gruchots Beitr. 43, 305 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. Aufl. 1903.

Enneccerus u. a., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6./8. Aufl. 1912/13.

Fischer, Zur Lehre von der Rechtsvermutung, in Iherings J. 63, 269 ff.

Fitting, Prozessvollmacht und Aufrechnungserklärung, in der Halleschen Festgabe für Dernburg, 1900.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, ein Beitrag zur Lehre von der Wandelung, in Gruchots Beitr. 44, 65 ff.

Förster, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Band I, 3. Aufl. (von Kann) 1913.

Förtsch, Prozessvollmacht und Aufrechnung, in Sächs. Arch. BürgR. 7, 401 ff.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Fischer I, 5), 1898.

---

*) Es wird hier keine erschöpfende Zusammenstellung der einschlägigen Literatur gegeben, sondern nur ein Verzeichnis der in Bezug genommenen Werke. Die Zeitschriften und Sammlungen sind nach den Vorschlägen des deutschen Juristentages (1910) zitiert.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess (Fischer XVIII, 2), 1909.
Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, 2. Aufl. 1903.
Goldschmidt, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, in Arch. BürgR. 15, 153 ff.
Graeffner, Die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede; Diss. 1913.
Grosse, Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten, in ZZP. 36, 113 ff.
Hein, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, (Fischer XXV, 1). 1912.
Heinsheimer, Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und das badische Recht. 2 Bd. 1./2. Aufl. 1905.
Hellmann, Zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in KrVJSchr. 41, 209.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht (Fischer V, 1), 1900 (Anspr.).
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901 (Rkr.).
— Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 1903/09 (Lehrb.).
— Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905 (Klagr.).
— Prozesshandlung und Rechtsgeschäft, Sonderabdruck aus der Berliner Festgabe für Gierke, 1910 (Pr. Hdlg.).
— System des deutschen Zivilprozessrechts, 1912 (System).
Herr, Die gerichtliche Geltendmachung einer zum eingebrachten Gute gehörenden Forderung durch den Ehemann, in Iherings J. 46, 229 ff.
Hirsch, Bericht über Graeffner, in ZZP. 35, 296 ff.
— Die Übertragung der Rechtsausübung, 1. Bd., 1910.
Hölder, Anspruch und Klagrecht, in ZZP. 29, 50 ff.
— Bericht über Langheineken, in ZZP. 33, 357 ff.
— Über Ansprüche und Einreden, in Arch. ZivPr. 93, 1 ff.
— u. a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.
Kiehl, Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Mieters, in Gruchots Beitr. 45, 753 ff.
Kipp, Rechtswahrung und Reurecht, in der Berliner Festgabe für Koch, 1903.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 2. Aufl. 1910.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, 1888.
— Zivilprozess- und Konkursrecht, in Holtzendorfs Enc. Bd. II, 4. Aufl. 1904.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Bd. II, 1, 1906.
— Kompensation und Prozess, in ZZP. 20, 1 ff.
— Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in ZZP. 24, 1 ff.
— Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung, in ZZP. 29, 1 ff.
— Über die Grundlagen des Zivilprozesses, in Arch. ZivPr. 97, 1 ff.
Könnemann, Über prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung, in Pos.-MS. 3, 33 ff.
Kremer, Zur Konstruktion des Zivilprozesses, in Grünhuts Z. 33, 289 ff.
Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Iherings J. 57, 1 ff.

Kuttner, Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, 1914 (Fischer XXVI, 3.)

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903.

Lehmann, Die Rechtsnatur des Klaganerkenntnisses, in der Bonner Festgabe für Krüger, 1911.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht, 1903.

Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft (Fischer XIII, 2), 1906.

Müller, Das Erlöschen der Prozessvollmacht, in Sächs. Arch. BürgR. 13, 147 ff.

Nussbaum, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse (Fischer XVII, 1), 1908.

— Die nicht rechtsfähigen Vereine im Prozess und Konkurs, in ZZP. 34, 107 ff.

Oertmann, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1908.

— Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910.

Otto, Das Recht der Schuldverhältnisse, in Sächs. Arch. BürgR. 8, 41 ff.

Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905 (Rkr.).

— Bericht darüber in Stier-Somlos Jahrb. des VerwR. 1, 334 ff. (Bericht).

— Bericht über Degenkolb, in ZZP. 36, 365 ff.

— Über die Beziehungen zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, in Rhein. Z. 1, 71 ff.

— Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, in ZZP. 37, 1 ff.

Petersen-Anger, Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 1904/06.

Petzold, Ermächtigt die Prozessvollmacht zur Aufrechnung? In Gruchots Beitr. 44, 845 ff.

Planck u. a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1906/09.

Raddatz, Prozessvollmacht und Aufrechnung, in Sächs. Arch. BürgR. 10, 217 ff.

Redlich, Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung, in ZZP. 25, 357 ff.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd. 1903.

Reichel, Bericht über Hein, in ZZP. 43, 168 f.

— Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, in der Festschrift für Wach, Bd. 3, S. 1 ff. (1913).

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., 1913.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozess, 1908.

Sahm, Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede, in Iherings J. 49, 59 ff.

Schneider, Anfechtung wegen Irrtums im Laufe des Prozesses, in ZZP. 31, 271 ff.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, in der Berliner Festschrift für Koch, 1903.

Seidlmayer, Über die rechtliche Natur des Wandelungs- und Minderungsanspruchs des Käufers nach BGB., in Gruchots Beitr. 57, 253 ff.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 11. Aufl. 1910.
Siméon, Recht und Rechtsgang, 5./6. Aufl. 1912/13.
Skonietzky-Gelpcke, Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1911.
v. Staudinger u. a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7./8. Aufl. 1912/14.
Stein (früher Gaupp-Stein), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. Aufl. 1913.
— Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, Sonderabdruck aus der Halleschen Festgabe für Fitting, 1903.
— Bericht über Hellwig (Pr.Hdlg.) in ZZP. 41, 413 ff.
Stölzel, Klagabweisung wegen durchgreifenden Einwandes, in ZZP. 42, 443 ff.
Struckmann-Koch, Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 1910.
Truttner, Über prozessuale Rechtsgeschäfte, 1890.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, 1885.
— Prozessvollmacht und Aufrechnung, in ZZP. 27, 1 ff.
— Urteilsnichtigkeit. Ein Rechtsgutachten, in RheinZ. 3, 373 ff.
— Nochmals die Urteilsnichtigkeit, in RheinZ. 4, 509 ff.
Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, 3 Rechtsgutachten, 1899.
Walsmann, Der Irrtum im Prozessrecht, in Arch. ZivPr. 102, 1 ff.
— Bericht über Hellwig (System), in ZZP. 43, 136 ff.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, 1904.
Weismann, Zivilprozessordnung, Bd. I, 1903.
— Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in ZZP. 26, 1 ff.
Wendt, Wie etwas heisst und was es ist! In Arch. ZivPr. 103, 417 ff.
v. Wilmowsky-Levy, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Aufl. 1895.
Wolf, Der Prozessvergleich, in Arch. ZivPr. 88, 153 ff.
Wolff, Das Recht zum Besitz, in der Berliner Festgabe für Koch, 1903.
Zitelmann, Allgemeiner Teil, 1900.
— Zum Recht der Eheanfechtung, Sonderabdruck aus der Festschrift für Bekker, 1907.

Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung der Aufgabe.

Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht fallen mit einer Reihe anderer Rechte unter den gemeinsamen Begriff des Aufhebungsrechts. Wenn nun im folgenden versucht werden soll, zu einer Beantwortung der Frage beizutragen, ob und wie ein solches Aufhebungsrecht im Prozess geltend gemacht werden kann, so ist den ganzen Erörterungen der Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung zugrunde zu legen. Dieser Begriff ist eine Schöpfung von Kohler[1]), der ihn zu einer Zeit, als die Wissenschaft des Zivilprozesses noch sehr im argen lag, gleichsam aus dem Nichts geschaffen hat. In der folgenden Darstellung wird zwar in einigen wenigen Punkten von Kohlers Ansicht abgewichen, jedoch ist sie in der Grundlage und in vielen Einzelheiten auf seinen Lehren gebaut.

I. 1. Zunächst bedarf der Gegenstand der Untersuchung noch einer kurzen Umschreibung:

Aufhebungsrecht (Gegenrecht) ist das Recht, ein anderes Recht zum Erlöschen zu bringen, es fällt also in die Gruppe der Gestaltungsrechte (Seckel). Auf welche Weise sich dieses Erlöschen vollzieht, ob ex tunc (zurückbezogen) oder ex nunc, ob durch einfache Erklärung oder durch einen Prozess, ist für den Begriff des Aufhebungsrechts an sich gleichgültig. Für die Geltendmachung der Aufhebungsrechte im Prozess kommen aber jedenfalls nur diejenigen Aufhebungsrechte in Betracht, die nicht durch einen Prozess geltend gemacht werden müssen,

1) ZZP. 20,1; 24,1; 29,1.

sondern im Wege der einfachen Willenserklärung formlos ausgeübt werden können.

Muss das Aufhebungsrecht im Wege der Klage ausgeübt werden, so dass zur Herbeiführung der Aufhebungswirkung die Mitwirkung des Richters erforderlich ist, so kann der Gegner im Prozess nur das Bestehen des Aufhebungs r e c h t s bestreiten, nicht jedoch dessen Ausübung. Kann aber das Aufhebungsrecht auch durch einfache Erklärung ausgeübt werden, so kann der Gegner entweder das Bestehen des Gestaltungsrechts oder aber auch seine richtige Ausübung bestreiten, er kann z. B. sagen: „Deine Erklärung ist mir nicht zugegangen." Hier kann eine Feststellungs- oder Leistungsklage auf die erfolgte Ausübung des Aufhebungsrechts gestützt werden, aber ein in diesem Sinne ergehendes Urteil bewirkt nicht, dass ex nunc die Aufhebung eintritt, sondern es sagt aus, dass sie bereits früher — spätestens im Zeitpunkt derjenigen Tatsachenverhandlung, auf die hin das Urteil ergeht — eingetreten i s t.

2. Für die Aufhebungserklärung i m Prozess kommen aber auch die Fälle nicht in Betracht, wo eine Partei im Prozess behauptet, es sei eine Aufhebungserklärung bereits abgegeben, das aufzuhebende Recht also bereits erloschen. Eine solche Behauptung könnte sowohl derjenige aufstellen, der durch seine Willenserklärung das Recht zum Erlöschen gebracht haben will, wie der Gegner, der sich auf die erfolgte Aufhebung beruft.

Es handelt sich vielmehr lediglich um den Fall, dass nicht die Aufhebung selbst, sondern ein Aufhebungs r e c h t geltend gemacht wird, dass nicht behauptet wird, das angegriffene Recht s e i erloschen, sondern dass erklärt wird, das Recht s o l l e erlöschen. Diese Erklärung kann natürlich stets nur derjenige abgeben, dem das Aufhebungsrecht zusteht. Ob er dies auch im Prozess tun kann, und was eine solche Erklärung für Wirkungen haben kann, das soll im folgenden untersucht werden.

3. Solcher Aufhebungsrechte kennt das geltende Recht eine ganze Reihe (z. B. Aufrechnung, Anfechtung, Kündigung, Rücktritt), es brauchen jedoch diese Rechte nicht alle einzeln

behandelt zu werden, sondern es muss sich darum handeln, eine Regel aufzustellen, die für alle Fälle passt. Die beiden wichtigsten Fälle, die Aufrechnung und die Anfechtung, werden in den Vordergrund zu stellen sein[2]).

Auf irgendwelche Streitfragen über das Wesen dieser beiden Rechte und die Voraussetzungen ihres Bestehens soll nicht eingegangen werden, sondern es soll nur festgestellt werden, was als notwendige Grundlage der folgenden Untersuchungen erforderlich erscheint[3]).

„Die Aufrechnung bewirkt, dass die beiden Forderungen ... als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind" (§ 389 BGB.). Bis zu der Erklärung der Aufrechnung bestehen aber beide Forderungen unbeeinflusst fort, und die Aufrechenbarkeit hat nur einzelne im Gesetz ausdrücklich angegebene Folgen (§ 390 Abs. 2, §§ 770, 1137, 1211). Die Aufhebung des angegriffenen Rechtes tritt ein mit der Erklärung, wirkt jedoch zurück auf den Zeitpunkt, wo die Aufrechenbarkeit begann.

Über die Anfechtung sagt das Gesetz: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen" (§ 142 BGB.). Die Anfechtbarkeit ist von der Nichtigkeit grundsätzlich verschieden. Während ein nichtiges Rechtsgschäft von Anfang an ohne rechtliche Bedeutung ist, ist das anfechtbare Rechtsgeschäft zunächst gültig, die Anfechtbarkeit hat nur die Wirkung, dass, wenn die Anfechtung erfolgt, der böse Glaube bezüglich der Anfechtbarkeit dem bezüglich der Nichtigkeit gleichsteht (§ 142 S. 2 BGB.)[4]). Aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft kann geklagt und auch vollstreckt werden, durch die Anfechtbarkeit wird auch die Schlüssigkeit einer Klage nicht beeinträchtigt. Erst durch die Erklärung der Anfechtung tritt eine

2) Über die Wandelung siehe unten 4.

3) Die Frage der Eventualaufrechnung wird gänzlich ausgeschieden.

4) Die Anfechtbarkeit hat im übrigen im wesentlichen die gleichen Folgen wie die Aufrechenbarkeit. Vgl. §§ 770, 1137, 1211 BGB.

Änderung mit rückwirkender Kraft insofern ein, als dann nachträglich alle Wirkungen der angefochtenen Erklärung wegfallen.

4. Eine kurze Erörterung ist hier noch der Wandelung und den sogenannten peremptorischen Einreden im engeren Sinne[5]) zu widmen.

a) Über die rechtliche Natur des Wandelungsanspruches herrscht Streit. Von einer Seite[6]) wird — unter Berufung auf § 465 BGB. — als sein Inhalt betrachtet die Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung. Hiernach enthielte das Wandelungsverlangen — oder die Erhebung der Einrede des Wandelungsrechtes — ein Angebot zum Vertragsschluss, das der Verkäufer entweder sofort annehmen kann (dadurch wird die Wandelung „vollzogen") oder dessen Annahme (der Vollzug der Wandelung) durch das Urteil herbeigeführt wird, das den Verkäufer zur Wandelung verurteilt. Mit dem Vollzug der Wandelung ist auf jeden Fall der Kaufvertrag rückgängig gemacht und können aus ihm keinerlei Ansprüche mehr hergeleitet werden; insofern enthält das Wandelungsverlangen eine Aufhebungserklärung, deren Wirksamkeit von dem Bestehen des Aufhebungsrechtes (des Wandelungsrechtes, Anspruches auf Wandelung) ebenso abhängig ist wie die Wirksamkeit einer Aufrechnungserklärung von dem Bestande des Aufrechnungsrechtes.

Die Gegenmeinung[7]) betrachtet als Gegenstand des Wandelungsanspruches unmittelbar die Rückgewähr des gezahlten Preises bzw. die Befreiung von der Leistungspflicht. Hiernach würde der Käufer durch die Geltendmachung seines Wandelungsrechtes seinen „verhaltenen"[8]) Anspruch auf Rück-

5) Hierher gehört in erster Linie die Verjährung.

6) „Vertragstheorie". Gestützt auf Prot. Bd. I Nr. 86: Dernburg, Bürg.R. § 185 V; Hellwig, Anspr. 383, Note 5, Flechtheim, Gruchots Beitr. 44, 72 ff.; Seidlmayer, Gruchots Beitr. 57, 253 ff.

7) „Restitutionstheorie" Eccius, Gruchots Beitr. 43, 322 ff.; Enneccerus § 333; Langheineken, Anspr. und Einr. 215 ff. mit reicher Literatur.

8) Über diesen Ausdruck vgl. Langheineken a. a. O. S. 101 ff., 232.

gewähr (also einen Anspruch aus der vollzogenen Wandelung) zu einem „fälligen“ machen.

Was die Berechtigung, die Wandelung im Wege der Einrede geltend zu machen, betrifft, so ist man heute darüber einig, dass der Anspruch auf Wandelung als Einrede nicht nur dann vorgebracht werden kann, wenn der Wandelungsanspruch selbst verjährt ist, sondern auch schon vorher [9]). In dieser Erhebung der Einrede des Wandelungsrechtes liegt nach der Vertragstheorie ein Angebot zum Vertragsschluss, von dem der Käufer dann nicht mehr zurück kann, wenn es angenommen ist, oder wenn die mündliche Verhandlung geschlossen ist, auf die hin das Urteil ergeht, das die Klage wegen der Wandelung abweist. Nach der Restitutionstheorie würde die Erklärung, was ihre Zurücknahme angeht, ebenso zu behandeln sein. Sobald ein Urteil ergeht, das die Klage wegen durchgreifender Wandelung abweist, kann der Käufer von seiner Erklärung nicht mehr zurück, die Wandelung ist endgültig vollzogen, der Kaufvertrag erloschen [10]).

Für die hier zu behandelnden Fragen ist demnach der Unterschied der beiden Theorien bedeutungslos, da es nur darauf ankommt, unter welchen Voraussetzungen der Käufer an seine Erklärung gebunden ist, die im weiteren Verlaufe den Kaufvertrag zum Erlöschen bringt [11]).

Von der hier behandelten Einrede des Wandelungsrechtes ist streng zu scheiden der Einwand der vollzogenen Wandelung. Dieser gründet sich darauf, dass die Wandelung bereits vollzogen sei, und dass deshalb der Kaufvertrag nicht mehr bestehe. Wandelungseinrede und Einwand der vollzogenen Wandelung verhalten sich ebenso wie Geltendmachung der Aufrechnung und Einwand der durch Aufrechnung erfolgten Tilgung. Der

---

9) Vgl. Langheineken S. 239 ff. und die dort S. 240 Note 2 angeführte Literatur, insbesondere Eccius, Gruchots Beitr. 43, 321 ff.; Flechtheim, Gruchots Beitr. 44, 85 ff.

10) Vgl. unten §§ 6 und 12.

11) Das Nähere über die Wirkung der Erklärung und ihre Zurücknahme siehe im dritten Kapitel.

Anspruch auf Wandelung ist ein Aufhebungsrecht, das in seiner prozessualen Geltendmachung nicht anders behandelt werden kann, als die anderen Aufhebungsrechte, und das zu scheiden ist von den peremptorischen Einreden, von denen nunmehr zu sprechen sein wird.

b) Die sogenannten peremptorischen Einreden geben nach der Legaldefinition (z. B. § 222 BGB.) dauernd „das Recht, die Leistung zu verweigern". Hieraus hat man entnehmen wollen, diese Einreden könnten nur dann wirksam erhoben werden, wenn das einredebehaftete Recht gerichtlich geltend gemacht werde, eine ausserhalb eines gerade anhängigen Prozesses gerichtlich [12]) oder aussergerichtlich erfolgte Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten sei für diesen Prozess nicht zu beachten, selbst wenn sie aus dem Vortrage des Klägers als geschehen hervorgehe [13]).

Die praktische Folge zeigt nachstehender Fall: Der Beklagte ist ausgeblieben; der Kläger trägt nach der ordnungsmässig zugestellten Klageschrift vor, er habe einen Anspruch gegen den Beklagten, der Beklagte habe die Leistung verweigert, weil (nach dessen Behauptung) der Anspruch verjährt sei; er, Kläger, sei jedoch der Ansicht, dass die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen sei [14]). Der Richter kommt zu der Überzeugung, dass tatsächlich die Verjährungsfrist bereits abgelaufen ist. Nach der soeben dargestellten Lehre muss hier Versäumnisurteil erlassen werden, obwohl der Kläger selbst vorträgt, dass der Beklagte — und zwar nach Ansicht des Richters mit Recht — die Leistung verweigert hat auf Grund eines ihm objektiv zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes.

12) In einem früheren Prozess.

13) Krückmann (Iherings J. 57, 200); Zitelmann, Allg. Teil. S. 29 f. Hölder, ZZP. 29, 72 ff.; Endemann I S. 515; Biermann I S. 111; Kipp, Rechtswahrn. S. 131 ff. An einen anderen Fall denkt Fischer, Iherings J. 63, 274.

14) Beispiel: Bauunternehmervertrag. Kläger behauptet, es gelte die 30jährige, Beklagter behauptet, die 2jährige Frist, letztere ist unstreitig abgelaufen. Vgl. dazu z. B. RG. 66, 4.

Diese notwendige Folgerung zeigt schon das Bedenkliche der ganzen Lehre. Aber auch die Begründung lässt sich nicht halten. Es wird geltend gemacht, die private (ausserprozessuale) Verweigerung der Leistung schliesse zwar deren Eigenschaft als einer mit Unrecht unterbliebenen, aber nicht ihre gerichtliche Geltendmachung aus, „so dass erst durch diese und das ihr gegenüber vom Beklagten beobachtete Verhalten die Frage nach der Existenz der Forderung zur Entscheidung kommt. . . . Es ist . . . die Existenz eines Anspruchs unentschieden, dessen Geltendmachung durch Einrede ausgeschlossen werden kann, und diese . . . Unentschiedenheit kann . . . nur durch richterliches Urteil beseitigt werden“ [15]).

Noch weiter geht Zitelmann, der auch die gerichtliche Geltendmachung nur für den einen Prozess gelten lassen, also den Beklagten zwingen will, die Einrede jedesmal wieder neu vorzubringen [16]).

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden [17]). Das Gesetz spricht stets von einer Verweigerung der Leistung,

---

15) Hölder, ZZP. 29, 74, vgl. auch ZZP. 33, 366 ff. im Gegensatz zu der früher (Bem. 1 b zu § 222 BGB.) vertretenen Ansicht. Nicht deutlich Arch. ZivPr. 93, 67.

16) Allg. Teil S. 29 f. Zitelmann meint allerdings, dass die Einrede in einem zweiten Prozess dann nicht erneut vorgebracht zu werden brauche, wenn die Rechtskraft des ersten Urteils geltend gemacht werde; a. a. O. S. 30. Diese Ausnahme erscheint nicht unbedenklich. War die Klage im ersten Prozess mit Rücksicht auf die Einrede der Verjährung abgewiesen, so hat dieses Urteil (nach Zitelmanns Ansicht) doch nicht festgestellt, dass der Anspruch nicht bestehe, sondern nur, dass es ein solcher sei, dessen gerichtliche Geltendmachung durch das Vorbringen der Einrede jederzeit gehemmt werden kann. Durch die Geltendmachung der sogenannten exceptio rei judicatae würde also (nach Zitelmanns Ansicht) der Beklagte gerade zeigen, dass der Klage stattzugeben sei, wenn er nicht wiederum die Einrede der Verjährung erhöbe.

17) Hellwig, Anspr. S. 9 ff., Lehrb. I, 250 f., Pr.Hdlg. S. 27 N. 10, S. 29 N. 17. System I, 260. Langheineken S. 341 f., Kohler BR. I, 190 f.; Stein, § 128, Vorb. III, 3; Voraussetzungen d. Rechtssch. S. 57 f.; Förster-Kann, Vorb. 5 zu § 253; Sahm, Iherings J. 49, 68 ff.; Hölder, Bem. 1 b zu § 222 BGB. (vgl. dazu die N. 12); Hirsch, Übertr. d. R. I, 48; 157 ff.; v. Tuhr, S. 297 f.; Loewen-

und diese Leistung kann natürlich nur dann verweigert werden, wenn sie gefordert ist[18]). Es geht aber aus dem Gesetze nicht hervor, dass dieses Fordern stets ein gerichtliches sein müsse[19]).

c) Wie sich hieraus ergibt, besteht eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der Wandelung, den peremptorischen Einreden und den oben (3) besprochenen Aufhebungsrechten. Diese Ähnlichkeit hat jedoch ihre festen Grenzen: Ist die Anfechtung einmal endgültig[20]) erklärt, so ist die angefochtene Willenserklärung nichtig geworden, es können daraus nur noch Schadensersatzansprüche auf das Vertrauensinteresse hergeleitet werden (§ 122 BGB.). In dieser Beziehung steht es mit der Wandelung ebenso: Ist die Wandelung endgültig erklärt[21]), so bestehen aus dem Kaufvertrag keine Ansprüche mehr[22]), sondern die Parteien sind zur Durchführung der Wandelung nach Rücktrittsvorschriften verpflichtet, einander das Empfangene zurückzugewähren (§ 466 BGB.).

Anders steht es hier mit den peremptorischen Einreden. Die (gerichtliche oder aussergerichtliche) Geltendmachung einer solchen Einrede hebt den angegriffenen Anspruch nicht auf[23]), sondern er besteht fort, nur mit der Eigenschaft, dass

---

feld bei Staudinger § 222 N. 4; Graeffner, S. 4 ff. Wohl auch Seckel, Gest. R. 216, nicht aber Kipp, Rechtw. 131 ff., den Förster-Kann N. 5 vor § 253 irrtümlich zitiert.

18) Darin liegt ein wesentlicher Unterschied von der Anfechtung, die von einer Geltendmachung des anzugreifenden Rechtes völlig unabhängig ist.

19) Über die weiteren entscheidenden Gründe für diese Anschauung vgl. Langheineken a. a. O. und insbesondere Hellwig Lehrb. I, 250 f.

20) Wann eine im Prozess abgegebene Anfechtungserklärung endgültig wird, ist unten zu zeigen (vgl. §§ 12 ff.).

21) D. h. (nach der Vertragstheorie) ist der Käufer an seine einmal abgegebene Vertragsofferte gebunden oder (nach der Restitutionstheorie) hat er durch die Geltendmachung des Wandelungsbegehrens seinen — verhaltenen — Anspruch fällig gemacht. Vgl. dazu oben zu N. 8.

22) Vorausgesetzt, dass das Wandelungs r e c h t bestand, also der beklagte Verkäufer „zur Wandelung“ verurteilt wird, oder dass er sich mit der Wandelung einverstanden erklärte. Vgl. oben N. 10 und Langheineken S. 233 ff.

23) Die gegenteilige Ansicht, die Hellwig früher vertrat, hat er aufgegeben. Vgl. einerseits Anspr. 9 ff. Lehrb. I, 252 und anschliessend Krückmann,

seine (erfolgreiche) gerichtliche Geltendmachung ausgeschlossen ist[24]), und zwar auch dann, wenn der Beklagte in dem Prozess gegenüber dieser gerichtlichen Geltendmachung sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht n i c h t beruft, wofern nur der Umstand, dass die Leistung einmal verweigert worden ist, irgendwie in dem Prozess von einer der Parteien vorgetragen ist[25]).

d) Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Wandelungserklärung, was die prozessuale Behandlung anlangt, in allem der Anfechtungserklärung gleich behandelt werden muss, dass dies jedoch für die Geltendmachung einer peremptorischen Einrede nicht gelten kann. Diese ist überhaupt keine Aufhebungserklärung, wenn sie auch die Reaktionsfähigkeit des angegriffenen Rechtes mindert[26]). Aus diesem Grunde werden sich die nachfolgenden Erörterungen nicht mehr mit den Einreden zu beschäftigen haben. Für die Wandelung müssen die für die Anfechtung aufgestellten Regeln entsprechend gelten.

5. Nach einer kurzen Erörterung einiger Grundlagen soll im folgenden zunächst die rechtliche Natur einer Aufhebungs-

---

Iherings J. 57, 200; Hölder, Arch. ZivP. 93, 74; Förster-Kann, Bem. 5 vor § 253 — andererseits Hellwig Pr.Hdlg. S. 27, N. 10; 29, N. 17; System I, 260. Für die im Text vertretene Ansicht auch Kohler BR. 241 f. Langheineken 343, v. Tuhr 292; Loewenfeld bei Staudinger § 222 Bem. 6; Biermann 111; Seckel 216; Kipp 131 ff.; Crome I § 36 m. N. 6; Zitelmann S. 29; Hirsch, ZZP. 35, 299; Übertr. d. R. I, 158 ff. Zusammenstellung bei Graeffner 17 ff. Vgl. auch Wolff, R. z. Bes. S. 151 N. 1.

24) Dass man sich aber dadurch nicht verleiten lassen darf, ein Urteil dahin zu erlassen, der Anspruch bestehe zwar, der Beklagte könne aber die Leistung verweigern, führt Förster-Kann (Bem. 5 vor § 253) treffend aus. Gegen Langheineken, der (a. a. O. S. 354) nur den Rechtsschutzanspruch wegfallen lassen will, vgl. Hellwig Syst. I S. 260 N. 3.

25) Dass der Anspruch insbesondere bei der Verjährung fortbesteht, ergibt sich z. B. klar aus §§ 222 Abs. 2, 813, 223, 1163, 1252 BGB. Die im Text dargestellte Ansicht von Hellwig (Lehrb. I, 252, System I, 260) ist nicht unbestritten. Vgl. dagegen u. a. Langheineken, a. a. O. S. 351 f., Friedenthal S. 51, Oertmann, Bem. B 2 e vor § 194, Kipp S. 132, Zitelmann, Allg. Teil. S. 29, Wendt, Arch. ZivPr. 103, 425.

26) Nicht ganz aufhebt, da Pfandrechte usw. zu Recht bestehen bleiben.

erklärung im Prozess festgestellt werden (Kapitel I). Daran schliessen sich dann Betrachtungen über die Form (Kapitel II) und die Wirksamkeitsvoraussetzungen (Kapitel III) derartiger Erklärungen, und endlich soll an einigen praktischen Beispielen (Kapitel IV) die Brauchbarkeit der gefundenen Sätze erprobt werden.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsnatur der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 2.

Einiges über das Wesen des rechtskräftigen Urteils.

I. Es ist selbstverständlich, dass bei dem vorbereitenden Charakter dieser Ausführungen hier nur ein kurzer Überblick gegeben werden kann, und dass es sich im wesentlichen darum handelt, auszuführen, welcher Ansicht die nachfolgende Darstellung sich anzuschliessen haben wird. Es wird sich schliesslich zeigen, dass der Streit der Rechtskrafttheorien auf die hauptsächlich zu erörternden Fragen nicht von entscheidendem Einfluss ist (vgl. unten § 6 a. E. und § 4 N. 6).

Es handelt sich hierbei nicht um eine Frage des Umfangs der Rechtskraft, sondern um eine solche ihres Inhaltes. Es soll nicht untersucht werden, was rechtskräftig wird und für oder gegen wen — zweifellos und hier allein von Bedeutung ist jedenfalls, dass der Tenor des Urteils materiell rechtskräftig wird für und gegen die Parteien und diejenigen andern Personen, auf die die Rechtskraft durch gesetzliche Vorschrift ausgedehnt ist —, sondern, was es bedeutet, wenn etwas rechtskräftig wird.

II. 1. Die Grundlage der Untersuchungen muss der Gegensatz der beiden Ansichten bilden, deren eine dem Urteil eine das materielle Recht ändernde Macht entschieden abspricht, die die andere ihm ebenso entschieden zusprechen will. Es sei gestattet, als Vertreter der beiden Ansichten nur Hellwig-Stein[1]) und Kohler-Pagenstecher anzuführen.

---

1) Hellwig Rkr. 10 ff., insbesondere zu N. 35. Lehrb. II, 38 ff. System I, 773. Vgl. Stein Bem. II, 1 zu § 322 ZPO. Neuestens auch Förster-Kann,

2. Die Hellwigsche Ansicht gipfelt in dem Satze, dass jedes „Feststellungsurteil“ (worunter er Leistungs- und Feststellungsurteile zusammenfasst) eine „Feststellung der Leistungspflicht“ sowie einen „Leistungsbefehl“ enthalte. Die Feststellung der Leistungspflicht ist lediglich deklarativ, d. h. wenn das Urteil mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt (wenn z. B. der Klage aus Darlehen stattgegeben ist, ohne dass das Geld tatsächlich gezahlt ist), so wird durch das Urteil zwar „unbestreitbar gemacht“, dass der Kläger zu fordern, der Beklagte zu zahlen hat, es besteht jedoch nach wie vor kein Forderungsrecht des Klägers, ja es kann nicht einmal aus der Unbestreitbarkeit des Leistenmüssens das Bestehen einer Forderung gefolgert werden.

3. Gegen diese Hellwig'sche Ansicht wird (m. E. mit Recht) eingewandt, dass es doch ein grosser Formalismus sei, zu sagen, es könne zwar nicht bestritten werden, dass A von B 100 zu fordern habe, aber A habe tatsächlich doch keine Forderung. Das ist nicht nur formalistisch, sondern führt auch zu grosser Rechtsunsicherheit. Wenn durch das Urteil die Rechtslage nicht so werden kann, wie sie deklariert wird, so könnten später von Dritten noch eventuell Bereicherungsklagen erhoben werden u. a. m., eine absolute Rechtssicherheit wäre nie zu gewinnen. Aus diesem von Pagenstecher[2]) weiter ausgeführten Grunde kann der Hellwig'schen Ansicht nicht gefolgt werden. Man wird sich daher einer andern von Kohler[3]) begründeten, von Pagenstecher weiter ausgeführten Auffassung anschliessen müssen, die nach und nach immer mehr Verbreitung gewinnt.

4. Nach Pagenstecher ist das Urteil eine authentische Deklaration der Rechtsbeziehungen zwischen den Par-

---

S. 845, Heim, Feststellungswirkung. (Dagegen Reichel, ZZP. 44, 168) und Kuttner, Urteilsw. 17 ff.

2) Rkr. § 11; ZZP. 37, 15 ff.

3) In Holtzendorffs Enzyklopädie II, 144; Lehrb. I, 218. Auch Wach, Rkr. 15. Reichel, Rechtskraft S. 5 ff. Unklar Lux, Streitgenossenschaft (S. 80 gegen S. 85).

teien. Das bedeutet: Wenn das Urteil „richtig“ [4]) ist, so ändert es (das Urteil) nichts [5]). Wenn es unrichtig ist, entstehen zwischen den Parteien diejenigen rechtlichen Beziehungen, die schon vorher bestänben, wenn das Urteil richtig wäre [6]). Wird z. B. einer „Klage des A gegen B auf Zahlung einer Forderung von 100 aus Schenkungsvertrag vom 1. Januar 1904 . . . zu Unrecht stattgeben“, so ist die Wirkung des Urteils die folgende:

1. Es entsteht eine [7]) Forderung des A gegen den B in Höhe von 100.

2. B wird verpflichtet, dem A zu gewähren, was dieser haben würde, wenn die jetzt bestehende Forderung schon durch Schenkungsvertrag vom 1. Januar 1904 entstanden wäre [8]).

Ein „unrichtiges“ Urteil im Sinne Pagenstechers liegt aber nicht stets dann vor, wenn das Urteil von der ausserprozessualen Rechtslage [9]) abweicht, sondern nur dann, wenn diese Abweichung zurückzuführen ist auf einen Irrtum des Richters in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht, m. a. W. wenn der Rechtsstreit so, wie er dem Richter vorgelegen hat, unrichtig entschieden ist (vgl. § 68 ZPO.) [10]).

In diesen Fällen und nur in diesen Fällen ist das (unrichtige) Urteil nach Pagenstecher causa efficiens der Rechtsänderung [11]). Wenn dagegen die Abweichung von der

---

4) Dieser Ausdruck wird sogleich erläutert werden.

5) ZZP. 37, 12 N. 41 und die dort zitierte Literatur. Eine ganz andere Frage ist, ob nicht die Rechtslage durch andere prozessuale Vorgänge, z. B. durch ein Prozessanerkenntnis verändert worden ist. Hierüber unten zu N. 33.

6) Vgl. Rkr. 304 f.

7) Vgl. hierzu RheinZ. 1, 87 N. 56.

8) ZZP. 37, 10; vgl. auch „Bericht“ 349.

9) D. h. der Rechtslage, die bestände, wenn kein Prozess stattgefunden hätte.

10) Vgl. hierüber Rechtskraft S. 310 N. 730, S. 198 mit N. 483; S. 304 f. und ZZP. 36, 375 ff.

11) Vgl. ZZP. 36, 377. Man könnte hier sagen, die logische causa efficiens wäre auch hier nicht das Urteil, sondern der Irrtum des Richters,

ausserprozessualen Rechtslage (in dem oben in Note 9 erörterten Sinne) zurückzuführen ist auf Normen, die bezwecken, den Richter an der Erforschung des ausserprozessualen Sachverhalts zu hindern[12]), dann ist (negativ ausgedrückt) jedenfalls nicht das Urteil, sondern ein anderer Prozessvorgang (z. B. Anerkenntnis, Verzicht, Geständnis, Nichtbehaupten, Nichtbestreiten, Nichterscheinen) die causa efficiens der Rechtsänderung. In diesen Fällen ist das Urteil „richtig", mag es auch mit der ausserprozessualen Rechtslage nicht übereinstimmen[13]).

5. Um also noch einmal zusammenzufassen: Das rechtskräftige Urteil deklariert authentisch: Die Rechtsbeziehungen derjenigen Personen, die meiner Macht unterstehen, in Ansehung derjenigen Rechtsgüter, um derentwillen das Gericht hier angerufen ist, sind im Augenblick der letzten Tatsachenverhandlung so gewesen, wie ich es jetzt ausspreche; sollten sie vor dem Prozess anders gewesen sein, so sind sie durch den Prozess — durch welchen Vorgang lasse ich dahingestellt — so geworden.

Hervorzuheben ist dabei zweierlei:

a) Dass das Urteil nichts darüber aussagt, wie die Rechtsbeziehungen vor der letzten Tatsachenverhandlung gewesen sind.

b) Dass es sich — im Tenor — nicht darüber ausspricht, durch welchen Vorgang eine Rechtsänderung herbeigeführt ist, dass dies nur, aber auch mit voller Deutlichkeit, aus den — der Rechtskraft nicht fähigen, aber zur Erläuterung unbedingt erforderlichen — Urteilsgründen zu entnehmen ist.

man brauchte also eine authentische Deklaration nicht anzuerkennen. Doch ist dieser Unterschied praktisch bedeutungslos.

12) Vgl. hierüber und zum folgenden Rechtskraft 193 ff.

13) Die hier wiedergegebene Lehre Pagenstechers gilt übrigens ohne Einschränkung nur für Prozesse über Vermögensrechte (vgl. Rechtskraft 27). aber auch wir haben es nur damit zu tun. Wegen der Wirkung des rechtskräftigen Urteils in sonstigen Fällen vgl. ZZP. 37, 25 ff. und die daselbst S. 10 N. 34 zitierte Literatur.

§ 3.

Einiges über Prozesshandlungen.

I. 1. Es ist weder erforderlich, noch möglich, in den Streit über den Begriff der Prozesshandlung näher einzutreten, d. h. zu erörtern, wer Prozesshandlungen vornehmen kann, ob sie auch vorbereitender Art sein können (z. B. Vereinbarung des Gerichtsstandes), in wie enger Verbindung sie mit dem Prozess stehen müssen. Auch die Frage, die Rosenberg hervorhebt [1]), nämlich ob eine Prozesshandlung durch die Prozessordnung normiert sein muss, ist hier unwesentlich, da er doch jedenfalls alles Parteivorbringen in der mündlichen Verhandlung, das sich auf den Prozesszweck bezieht, auch bei Aufstellung seines Postulates als Prozesshandlung ansehen muss — und darauf kommt es allein an. Nur eine Frage wird später noch von Bedeutung sein, ob nämlich die Zustellung eines Schriftsatzes und die damit erfolgende Bekanntgabe seines Inhalts als Prozesshandlung gelten kann (vgl. unten § 11).

2. Hier handelt es sich zunächst nur um solche Prozesshandlungen, die in Erklärungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung bestehen. Diese Prozesshandlungen sollen dazu dienen, die Urteilsgrundlage zu schaffen; sie werden vorgenommen, entweder um eine Überzeugung des Richters zu begründen, oder um eine „prozessuale Situation" zu schaffen, die den Richter zwingt, in bestimmter Weise entweder über den ganzen Prozess oder über eine einzelne Vorfrage oder die Wahrheit einer Tatsache zu entscheiden, ihn also hindern, die Rechtslage vor der Abgabe der Erklärung zu erforschen.

II. Für diese „Prozesserklärungen" stellt nun das Recht folgende Grundsätze auf:

1. Die Prozesserklärung ist formfrei; sie muss in der mündlichen Verhandlung dem Gericht gegenüber abgegeben werden. Dass der Gegner anwesend sei, ist nicht zu erfordern, doch muss selbstverständlich die Einlassung bereits

1) Stellvertretung S. 61.

erfolgt sein, da sonst eine mündliche Verhandlung nicht vorhanden sein kann. Ferner muss auch ein gültiger Termin vorliegen und — im Versäumnisverfahren — die Vorschrift des § 335 Nr. 3 gewahrt sein.

Es ist jedoch hiermit nicht gesagt, dass sich die Prozesshandlung ausschliesslich an das Gericht, nicht auch an den Gegner richte [2]).

2. Zur Abgabe der Prozesserklärung ermächtigt die Prozessvollmacht (§ 81 ZPO.). Soweit also eine Erklärung Prozesshandlung ist, kann sie der Prozessbevollmächtigte mit der Wirkung des § 85 ZPO. ebenso wie — im Parteiprozess — auch die Partei vornehmen, und zwar (wie unten § 8 näher darzulegen sein wird) selbst dann, wenn die Partei noch einer besonderen Ermächtigung bedurft hätte.

3. Die Prozesserklärung ist keine selbständige Willenserklärung, sondern sie ist Bestandteil des ganzen Prozesses, wie der Baustein Bestandteil des Hauses, die einzelnen Bestimmungen Bestandteile eines Testamentes sind (Kohler). Sie wird nur abgegeben, um auf die Entscheidung einzuwirken, und ihre ganze Wirksamkeit und Bedeutung beruht auf der Eigenart des Prozesses, dass nämlich bei der Entscheidung der ganze Prozessstoff nur in der Form auftritt, die er am Schluss der letzten Tatsachenverhandlung hat, auf die hin die Entscheidung gefällt wird. Aus dieser Abhängigkeit von dem Schicksal des Prozesses folgt zweierlei:

a) Die Prozesserklärung kann bis zum Schlusse dieser Tatsachenverhandlung grundsätzlich frei widerrufen werden.

---

2) Zur Rechtfertigung der gegenteiligen Ansicht beruft sich Rosenberg S. 69 mit Unrecht auf Hellwig, Klgr. S. 80. Hellwig hebt Pr.Hdlg. 30 N. 19, S. 16 N. 5 ausdrücklich hervor, dass die Prozesserklärung sich auch an den Gegner richte. Andererseits vertritt Hellwig Pr.Hdlg. S. 30 sogar die Ansicht, dass die Erklärung dem Gegner gegenüber auch dann wirksam abgegeben sei, wenn er nicht anwesend, aber ordnungsmässig geladen war. Nicht grundsätzlich a. M., sondern nur einschränkend Stein ZZP. 41, 428 f. (vgl. auch Bem. V vor § 128). Vgl. dazu auch unten § 6 zu N. 11 und § 7 II.

b) Die Prozesserklärung kann irgendwelche Wirkung nur dann haben, wenn sie zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch wirksam ist, also nicht durch irgendwelche Umstände, die die bisherige Verhandlung ganz oder zum Teil vernichten, aufgehoben ist.

4. Keiner besonderen Hervorhebung bedarf es, dass [3]) jede Prozesshandlung bis zum Schluss der Tatsachenverhandlung zu jeder beliebigen Zeit in dem Prozess eingeführt werden kann, da es lediglich darauf ankommt, dass sie im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung noch Prozessstoff ist. Ausnahmen (§§ 274, 278, 279, 529 ZPO.) sind nur geschaffen, um einer Verschleppung vorzubeugen, sie haben mit dem Wesen der Prozesshandlung nichts zu tun.

Aus diesem Wesen der Prozesserklärung folgt ihr strenger Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. Während ein Rechtsgeschäft grundsätzlich sofort wirksam werden soll (und es — ganz unabhängig vom Willen der Partei — auch wird), wird die Prozesserklärung abgegeben, um das Erklärte zum Prozessstoff zu machen; irgendeine weitere Wirkung kann und soll erst dann eintreten, wenn das Erklärte Urteilsgrundlage wird.

Die Begriffe Prozesshandlung und Rechtsgeschäft schliessen sich sonach aus, und es ist nicht möglich, dass eine Erklärung, „auch wenn sie Rechtsgeschäft ist, doch Prozesshandlung bleiben kann", was vielfach behauptet wird.

Diese Behauptung verstösst gegen das Wesen entweder der Prozesshandlung oder des Rechtsgeschäfts; sie übersieht, dass der Erklärende nur entweder eine vom Prozess abhängige oder eine von ihm unabhängige Wirksamkeit seiner Erklärung beabsichtigen konnte [4]).

---

3) Soweit nicht in einzelnen Fällen etwas Besonderes bestimmt ist (vgl. z. B. § 295 ZPO.).

4) Über die weitere Ausführung dieser Frage s. unten § 6.

§ 4.

Die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung im allgemeinen.

I. 1. Aus dem Wesen des rechtskräftigen Urteils in Verbindung mit dem Zweck der Prozesshandlung folgt der Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung, als einer Prozesshandlung, die auf ein rechtskräftig gewordenes Urteil in der Weise eingewirkt hat, dass dieses von der ausserprozessualen Rechtslage abweicht, ohne jedoch „unrichtig" zu sein[1]).

2. Hieraus ergibt sich die Folgerung: Ob eine Prozesshandlung „mit Zivilrechtswirkung", d. h. eine solche, die eine Änderung des materiellen Rechts herbeiführen *soll*, wirklich eine solche herbeiführt, das entscheidet sich erst mit der Rechtskraft des Urteils[2]). Sie hat Zivilrechtswirkung, wenn *infolge der Prozesshandlung* das Urteil von der vorprozessualen Sachlage abweicht[3]).

3. Die wichtigste Frage in diesem Zusammenhang ist die, ob man zum Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung erfordern soll, dass sie nicht nur im konkreten Falle tatsächlich die Änderung herbeiführt oder herbeiführen kann, sondern dass sie diese Wirkung generell und ihrer Idee nach hat und überhaupt zu diesem Zwecke abgegeben wird.

Zur Erläuterung diene folgendes: Wenn die Partei einsieht, dass der Prozess nicht zu gewinnen ist, und sie deshalb, um

1) Vgl. darüber oben § 2 zu Note 9 ff.

2) So auch Hellwig Lehrb. 1, 242 f.; System 427, 433.

3) Beispiel: A klagt auf Zahlung aus einem Kaufvertrag gegen B. B ficht (im Prozess) den Vertrag wegen Irrtums an. Wird dann die Klage deshalb abgewiesen, so beruht das Urteil auf der Anfechtung, diese hat also die beabsichtigte Zivilrechtswirkung. Nimmt dagegen A die Klage zurück, oder schliessen beide Parteien einen Vergleich, oder ergeht rechtskräftiges Versäumnisurteil gegen eine der Parteien, so hat die Anfechtungserklärung kein *Sachurteil* beeinflusst, hat also keine Zivilrechtswirkung. Ebensowenig besteht eine Zivilrechtswirkung, wenn in erster Instanz die Klage wegen der Anfechtung abgewiesen wird, dann aber in der Berufungsinstanz das erste Urteil aufgehoben und ein (z. B. Versäumnis-)Urteil erlassen wird, das nicht auf der Anfechtung beruht. Denn die Zivilrechtswirkung tritt nur dann ein, wenn die Erklärung Einfluss auf ein *rechtskräftiges* Urteil hat.

Kosten zu sparen, ein Anerkenntnis oder einen Verzicht erklärt, so ist es von unserem Standpunkt aus — immer vorausgesetzt, dass auf Grund dieser Erklärung ein mit der früheren Rechtslage nicht übereinstimmendes Urteil ergeht — zweifellos, dass die Rechtslage ex causa der Erklärung geändert wird. Es ist jedoch im Wesen einer solchen Erklärung (im Gegensatz zur römischen in jure cessio) nicht begründet, dass sie von der früheren Rechtslage abweichen muss, sondern ein solches Abweichen gilt stets als Ausnahme. Der Idee nach soll die Erklärung der früheren Rechtslage entsprechen, und zwar auch im Falle des Verzichts, der — im Normalfalle — dann erklärt wird, wenn die Partei zu der Ansicht kommt, dass sie sich geirrt hat, dass der geltend gemachte Anspruch vielleicht doch nicht zu Recht besteht[4]).

Ganz anders steht es jedenfalls dann, wenn die Partei, die die Erklärung abgibt, beabsichtigt, damit eine Rechtsänderung herbeizuführen, und wenn die Erklärung generell und der Idee nach die Rechtsänderung zur Folge haben soll und hat. Wenn als bewiesen unterstellt werden darf, dass die Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes im Prozess eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung sein kann, so ist dies nach den eben entwickelten Grundsätzen jedenfalls etwas anderes, als die Erklärung eines Anerkenntnisses oder Verzichtes. Denn die Aufhebungserklärung soll nach dem Willen der Partei, aber auch ihrer Idee nach generell eine Rechtsänderung herbeiführen.

Aus dieser Verschiedenheit hat man Bedenken herleiten wollen gegen die Bezeichnung der ersten Gruppe (Pagenstecher nennt sie treffend „Normen, welche die Erforschung der ausserprozessualen Sachlage ausschliessen") als Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung. Diese Bedenken werden dadurch gestützt, dass diese Prozesshandlungen ihrer Idee nach gerade eine Zivilrechtswirkung nicht haben sollen und sie

4) Bei negativer Feststellungsklage ist der Verzicht materiell ein Anerkenntnis, es handelt sich also keinesfalls stets um ein Aufgeben von Ansprüchen. Auch sonst kann der Verzicht als negatives Anerkenntnis betrachtet werden, ist also diesem entsprechend zu behandeln.

praktisch normalerweise auch nicht haben. Aber es erscheint trotzdem zulässig, auch diese Erklärungen als Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung zu bezeichnen, wenn man nur den Unterschied festhält gegenüber denjenigen Prozesshandlungen, die eine Zivilrechtswirkung ihrer Idee nach haben [5]).

II. 1. Diejenigen Schriftsteller, die sich mit der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung beschäftigen, begnügen sich meist mit dem Hinweis, dass eine Rechtsänderung eintritt, aber nur wenige untersuchen die Frage, was causa efficiens der Änderung ist, und vor allem, wie es zu erklären ist, dass diese Prozesshandlung das materielle Recht ändert [6]).

2. Es wurde oben (§ 3) gezeigt, dass die Voraussetzung jeder Zivilrechtswirkung einer Prozesshandlung deren bestimmender Einfluss auf ein Urteil ist. Es genügt daher nicht, dass die Prozesshandlung diesen Einfluss haben kann oder soll, sondern es ist erforderlich, dass sie ihn im konkreten Fall wirklich hat. Zu diesem Einfluss gehört nicht nur, dass die Prozesshandlung im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung noch Prozessstoff ist, sondern auch, dass der Richter bei seiner Entscheidung durch die fragliche Prozesshandlung bestimmend [7]) beeinflusst ist. Es muss also (der Fall des unrich-

---

5) Man kann die beiden Gruppen dahin unterscheiden, dass die eine die Zivilrechtswirkung haben kann, die andere sie haben soll. Damit man die beiden Gruppen überhaupt unter einen Begriff zusammenfassen kann, muss natürlich der innere Grund der Zivilrechtswirkung in beiden Fällen der gleiche sein.

6) Vgl. darüber insbesondere Pagenstecher, Rechtskraft und in Stier-Somlos Jahrb. des VerwR. I, 334 ff. Dass auch Hellwig, der in der Rechtskraftfrage auf einem entgegengesetzten Standpunkt steht, in der hier behandelten Frage zu dem gleichen Ergebnis kommt, wird unten (§ 6 III) zu zeigen sein.

7) Es ist hier grosser Nachdruck auf das „bestimmend" zu legen. Wenn der Richter überhaupt noch zu prüfen hat, ob er die fragliche Prozesshandlung seiner Entscheidung zugrunde legen darf, so beruht seine Entscheidung auf seiner freien Entschliessung bzw. auf einer Würdigung der vorher bestehenden Sachlage, niemals aber auf einem Einfluss der Prozesshandlung. Auch wenn der Richter hier die Prozesshandlung tatsächlich berücksichtigt, ist doch die Kausalreihe durch seine Entschliessung durchbrochen. Aus

tigen Urteils ist hierbei auszuscheiden) stets ein Umstand, eine Norm vorhanden sein, die den Richter bestimmt, seine Deklaration auf der Prozesshandlung aufzubauen.

3. Betrachten wir zunächst die erste Gruppe (oben I. 3), und zwar an dem Beispiel des gerichtlichen Geständnisses. Durch dieses wird der Richter gezwungen, seiner Deklaration die zugestandene Tatsache als wahr zugrunde zu legen. In diesem Einfluss auf die richterliche Entscheidung liegt die einzige praktische Bedeutung des Geständnisses. Solange ein entsprechendes Urteil nicht ergangen und rechtskräftig geworden ist, der Einfluss des Geständnisses sich also nicht geäussert hat, schaffen diese Erklärungen weiter nichts als eine „prozessuale Situation" und bleiben von der weiteren Entwicklung des Prozesses abhängig. Ein Beispiel möge erläutern:

Nach der objektiv richtigen Sachlage hat A dem B niemals ein Darlehen gegeben. Er klagt nun gegen B auf Zahlung von 100. B gesteht die Hingabe eines Darlehens zu, behauptet aber, er habe mit C, dem Bevollmächtigten des A, einen Erlassvertrag geschlossen. A erklärt, er könne den Abschluss dieses Vertrags zwischen B und C nicht bestreiten, jedenfalls aber habe C damals keine Vollmacht zum Abschluss eines solchen Vertrags gehabt. Im nächsten Termin erscheint B nicht und wird durch Versäumnisurteil (rechtskräftig) zur Zahlung von 100 verurteilt. Dies Urteil ist materiell ungerechfertigt, denn B schuldete tatsächlich nicht, aber auch das Urteil, das auf Grund des Geständnisses [8]) den B zur Zahlung verurteilt hätte, wäre materiell ungerechtfertigt, da ein Darlehen gar

---

diesem Grunde kann z. B. der Vortrag eines unwahren aussergerichtlichen Geständnisses im Prozess niemals Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung sein. Denn ob der Richter seine Entscheidung darauf aufbauen will, hängt — im Gegensatz zu dem gerichtlichen Geständnis — davon ab, ob er das Geständnis für wahr hält.

Um also einen sicheren Kausalzusammenhang und damit eine Zivilrechtswirkung der Prozesshandlung zu ermöglichen, muss die freie Wahrheitserforschung des Richters völlig ausgeschaltet werden, dies kann aber nur durch eine zwingende Norm geschehen.

8) Wenn der Beweis für die Vertretungsmacht des C nicht geführt war.

nicht gegeben war. In beiden Fällen wird das materielle Recht durch den Prozess geändert, die causa efficiens dieser Änderung ist in dem einen Falle das Nichterscheinen des B, in dem andern Falle ist es das Geständnis, das, weil es materiell falsch war, eine rechtsändernde Kraft infolge seines Einflusses auf das Urteil erlangen konnte [9]).

Zu rechtfertigen ist diese Rechtsänderung damit, dass die Partei durch die Erklärung des Geständnisses in der Weise disponiert, dass sie sagt: Ich bin damit einverstanden, dass die Rechtslage in Zukunft so ist. Ist sie bisher noch nicht so, so bin ich damit einverstanden, dass sie jetzt so wird [10]).

Dass diese Disposition der Partei diese Bedeutung gewinnt, beruht aber nicht auf irgendwelchen allgemeinen Grundsätzen, sondern einfach auf der klaren Gesetzesbestimmung, dass der Richter die zugestandene Tatsache als wahr zu behandeln hat.

Ebenso wie eine ausserprozessuale Willenserklärung nur deshalb Bedeutung hat, weil sie ihr vom materiellen Recht beigelegt wird, wie eine im eigenhändigen Testament ausgesprochene Erbeinsetzung nur deshalb und so lange wirksam ist, als die Rechtsordnung diesen eigenhändigen Testamenten Gültigkeit verleiht, so können auch Prozesshandlungen eine Zivilrechtswirkung nur dann haben, wenn eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist.

Sobald also etwa die Vorschrift des § 288 ZPO. aufgehoben und in dieser Hinsicht der Grundsatz des § 617 allgemein eingeführt würde, so könnte kein Geständnis mehr eine Zivilrechtswirkung haben. Es könnte dies selbst dann nicht, wenn es unrichtig wäre und die Partei es abgäbe, um die Rechtslage zu ändern. Wenn tatsächlich daraufhin der Richter zu

---

9) Hätte B nicht Erlass, sondern Stundung behauptet, und wäre ihm dafür der Beweis gelungen, so wäre gleichfalls ein materiell ungerechtfertigtes Urteil ergangen, das die Klage als „zurzeit“ unbegründet abwies.

10) Da diese Ausführungen über das Geständnis lediglich erläuternd sein sollen, so ist der Beweis für die aufgestellten Behauptungen entbehrlich. Er wird ausführlich geführt von Pagenstecher, Rkr. S. 208 ff., 277 ff. (vgl. auch S. 134 ff., inbesondere das S. 135 angeführte Beispiel).

einer entsprechenden (unrichtigen) Urteilsdeklaration käme, so träte zwar eine Rechtsänderung infolge des Prozesses tatsächlich ein, sie beruhte aber nicht auf dem Geständnis, sondern darauf, dass der Richter fälschlich die zugestandene (unwahre) Tatsache für wahr genommen, sich also geirrt hat. Das Urteil wäre „unrichtig" und die Rechtslage wird durch die authentische Deklaration geändert, nicht durch das — für das Urteil nur indirekt kausale — Geständnis.

Den Eintritt der Zivilrechtswirkung eines unrichtigen Geständnisses zeigt am deutlichsten der Fall, dass in der Berufungsinstanz vor dem Landgericht eine Partei ein solches Geständnis erklärt und dass dadurch der Prozess spruchreif wird. Wenn hier das Gericht sofort das Urteil verkündet (das auf dem unwahren Geständnis beruht und deshalb materiell ungerechtfertigt, aber nicht „unrichtig" ist), so wird dies Urteil mit seiner Verkündung rechtskräftig. Hier fällt die Abgabe der Erklärung, der Eintritt der Wirksamkeit und der Augenblick, in dem es sicher wird, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit eintritt, zeitlich eng zusammen.

4. Wie es nun mit dem inneren Grunde der Zivilrechtswirkung bei der anderen Gruppe, also unseren Aufhebungsrechten, steht, das kann erst untersucht werden, wenn der Charakter dieser Aufhebungserklärungen im Prozess, insbesondere ihr Verhältnis zu den Begriffen Prozesshandlung und Rechtsgeschäft, klargestellt worden ist.

Dazu ist jetzt überzugehen. Die Aufhebungserklärung soll in das aufgestellte System eingereiht werden, und es soll gezeigt werden, dass die Aufhebungserklärung im Prozess gleichfalls eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ist, dass sie jeden rechtsgeschäftlichen Charakter abstreift und sich völlig dem Prozessrecht unterwirft.

§ 5.

Die Zulässigkeit der Aufhebungserklärung im Prozess.

Am Eingang aller diesbezüglichen Erörterungen steht die Frage, ob denn eine solche Aufhebungserklärung sich überhaupt in dem Prozess einfügen lässt, ob sie im Prozess zulässig ist.

Es sind hauptsächlich zwei Momente, aus denen heraus man die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes im Prozess hat verneinen und nur die Berufung auf eine ausserhalb des Prozesses erfolgte Aufhebung des fraglichen Rechtes hat zulassen wollen:

1. Der wesentlichste Einwand ist der, dass die Parteien nicht im Prozess ihre Rechtsbeziehungen sollten ändern können, der Prozess also nicht zwischendurch eine andere Grundlage bekommen sollte. Der Prozess sei nicht dazu da, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Rechtsbeziehungen umzugestalten[1]). Dieser Einwand übersieht, dass de lege lata der Richter nicht feststellen soll, wie die Rechtslage vor der Klageerhebung war, sondern wie die zur Zeit der letzten Verhandlung vor dem Urteil ist[2]). Ein Zeichen hierfür ist neben den anderen dafür angeführten Argumenten auch das, dass in den „anhängigen" Verfahren bereits Ansprüche geltend gemacht werden können, die auf prozessualen Ereignissen beruhen, also zweifellos erst nach der Klageerhebung entstanden sind (z. B. § 302 Abs. 2 ZPO.); ferner aber auch die Ver-

1) Hellwig betont dies noch in Rkr. S. 14 f. und Klagr. S. 91, hat aber seine Ansicht geändert, denn im Lehrb. I, 243, (auch III, 1 S. 153 zu und in N. 35 vgl. auch System I, S. 432) gibt er diesen Erklärungen als solchen materiell rechtsändernde Kraft, eine Kraft, die er ihnen in Rkr. entschieden abspricht.

Über die Ansicht, dass der Anspruch des Klägers auf ein Urteil ein ausserprozessualer, also vor dem Prozesse vorhandener sei, eine Frage, die mit der hier erörterten in einem allerdings losen Zusammenhange steht, vgl. Bülow, ZZP. 31, 197 N. 7; Grosse, ZZP. 36, 126 N. 31a und Pagenstecher in Stier-Somlos Jahrb. d. VerwR. I, 343 N. 6.

2) Dies ist auch die bei weitem herrschende Ansicht, die sich insbesondere mit Recht auch auf § 767 II ZPO. beruft. Vgl. ausser Stein, N. III zu § 300 ZPO. und cit., insbesondere Hellwig, Anspr. S. 497, und Pagenstecher, Rkr. S. 195, 219 und ZZP. 36, 376.

pflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen, sowie die — doch sicher im Urteil zu berücksichtigenden — „Folgen der Rechtshängigkeit“ (z. B. § 819 BGB.).

Andererseits ist es nicht einzusehen, warum man den Parteien unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime und des Parteibetriebes de lege ferenda nicht das Recht geben sollte, ihre Rechtsbeziehungen während des Prozesses zu ändern [3]). Durch den Vergleich geschieht dies zweifellos, und dieser ist so wenig ein Fremdkörper im Prozess, dass vielmehr der ganze Prozess darauf angelegt ist, die Parteien zum Abschluss eines Vergleiches zu veranlassen (vgl. z. B. §§ 21, 22 Abs. 2, § 24 des Gerichtskostengesetzes). Wie durch den Vergleich der Richter der Entscheidung überhaupt überhoben wird, so kann ihm diese durch andere Umgestaltungen der Rechtslage wesentlich erleichtert werden, da er dadurch unter Umständen ein sicheres Kennzeichen an die Hand bekommt, das ihm sonst fehlen würde.

Dass aber der Prozess kein Platz sei für materielle Gestaltungserklärungen [4]), ist eine Behauptung, die über ein an sich nicht unrichtiges Ziel weit hinausgeht.

Es ist zweifellos nicht wünschenswert, dass die Parteien in der mündlichen Verhandlung Erklärungen abgeben, die mit dem Prozess in keinem Zusammenhang stehen, aber es ist Sache der Prozessleitung, hier einen Missbrauch zu verhindern. Es ist auch zweifellos die Aufnahme einer Erklärung in das Sitzungsprotokoll keine gerichtliche Beurkundung im Sinne der gesetzlichen Formvorschriften. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob auch formlose Erklärungen in ihrer Wirksamkeit dadurch beeinträchtigt werden, dass sie in einem Prozess abgegeben werden, in den sie nicht hineingehören. Alle diese Erwägungen haben aber nichts mit denjenigen Erklärungen zu tun, die von einer Partei abgegeben werden, um das Urteil zu beeinflussen, auch wenn es nicht Erklärungen sind, die eine bereits eingetretene Rechtswirkung behaupten, sondern eine solche erst herbeiführen sollen. Aus diesem Grunde können

3) Dies setzt z. B. auch Kremer, Grünhuts Z. 33, 334, voraus.

4) Vgl. Hellwig, Rkr. S. 14 f.

also die angeführten Bedenken hier nicht platzgreifen, auch wenn sie in anderen Fällen durchaus begründet sind.

2. Ein weiterer Einwand wird — für die Anfechtung — von Kohler[5]) erhoben, und zwar gründet er ihn darauf, dass zwar durch eine rechtsgeschäftliche Anfechtung die angefochtene Willenserklärung mit allen daraus entspringenden Rechtsfolgen vernichtet werde, die Folge einer prozessualen Anfechtung aber nur die Vernichtung des einen Anspruchs aus dieser angefochtenen Willenserklärung, nämlich des jetzt rechtshängigen, sein könne. „Nach allen anderen Seiten aber würde sie nicht wirken, denn nur soweit die Anfechtung sich gegen den erhobenen Anspruch richtet, ist sie durch die Form der Einrede gedeckt."

Eine Ausnahme will Kohler[6]) nur für den Fall zulassen, dass der Tatbestand der „unrechten Tat" vorliege. Hier soll der Einwand zulässig sein, dass auch abgesehen von einer nach § 123 BGB. etwa zulässigen Anfechtung die Willenserklärung nichtig sei. Sonst aber komme man zu einer unerträglichen Zerspaltung der Rechtsverhältnisse, da z. B. bei der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages nur der eine — jetzt geltend gemachte — Anspruch vernichtet werde, der andere jedoch bestehen bleibe[7]).

Diese Ausführungen Kohlers sind indes bei seiner sonstigen Stellung zu dieser Frage nicht überzeugend. Denn die

5) ZZP. 29, 32. Anschliessend Walsmann, Arch. ZivPr. 102, 125 ff.

6) a. a. O. S. 33.

7) Aus dem gleichen Grunde will Kohler, ZZP. 29, 33, auch die einredeweise Geltendmachung der Wandelung nur für den einen Fall zulassen, dass die einzige noch mögliche Folge dieser Wandelung die Nichtzahlung des Kaufpreises ist, er will sie also z. B. dann ausschliessen, wenn noch irgendwelche Rückgewähr- oder Ersatzansprüche übrigbleiben würden.

Der Einwand, den Hellwig, Lehrb. I, 243 N. 16 a. E., hier erhebt, dass nämlich aus § 478 BGB. die Zulässigkeit der Wandelung unzweifelhaft folge, trifft deshalb nicht den Kern der Sache, weil es möglich bleibt, dass Kohler auf dem oben (§ 1 zu N. 11) abgelehnten Standpunkt steht, dass ein Leistungsverweigerungsrecht erst nach Verjährung des Wandelungsanspruchs bestehe. Ist das der Fall, so lässt sich § 478 nicht gegen ihn heranziehen.

gleichen Argumente, die er gegen die Zulässigkeit der Anfechtung anführt, liessen sich mit dem gleichen Recht auch gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung im Prozess geltend machen, die er unmittelbar vorher verteidigt[8]). Wenn Kohler die Zulässigkeit der Anfechtung im Prozess ablehnt, so geht er doch offenbar davon aus, dass durch die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung nur die geltend gemachte (rechtshängige) Forderung vernichtet werden könnte. Wird aber eine Aufrechnung im Prozesse wirksam erklärt, so wird doch dadurch auch nicht nur die eingeklagte Forderung, sondern ganz zweifellos auch die zur Aufrechnung verwandte Forderung[9]) vernichtet. Das ist auch nicht etwa eine Wirkung der Rechtskraft — denn über diese Gegenforderung wird rechtskräftig gar nicht entschieden.

Kohler hat aber auch seine Voraussetzung nicht bewiesen, dass nämlich — praktisch gesprochen — nicht alle Folgen der Anfechtung bei einer prozessualen Erklärung ebenso eintreten, wie bei einer ausserprozessualen.

Man denke an den Fall der positiven Feststellungsklage. Es soll eine Feststellung nicht nur dahin getroffen werden, dass der Anspruch besteht, sondern auch, dass er ein durch Kannrecht nicht vernichtbarer ist. Das ist aber dann nicht zu erreichen, wenn die Geltendmachung eines solchen Kannrechtes in diesem Prozess nicht zugelassen wird. Dass das Kannrecht während des Prozesses aussergerichtlich ausgeübt werden kann, bestreitet Kohler nicht[10]), doch ist dieser Ersatz nicht ausreichend, denn eine ausserprozessuale Anfechtung ist wegen der sofortigen Unwiderruflichkeit für die erklärende Partei eine wesentlich schwerer wiegende Dispostion, als die prozessuale Anfechtung[11]).

---

8) Walsmann a. a. O. ist hier konsequenter; er will auch die Aufrechnung nicht zulassen, wenn sie als Prozesshandlung angesehen werden soll.

9) Die nicht rechtshängig ist (vgl. Stein Bem. VI, 3a zu § 145).

10) a. a. O. S. 18.

11) Darüber, dass nach der hier — im wesentlichen im Anschluss an

Weiter trifft Kohlers Einwand auch nur dann zu, wenn es sich um die Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages handelt, es besteht aber keine Wesensverschiedenheit zwischen der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages und der einer Willenserklärung mit nur einseitig verpflichtender Wirkung. Man kann daher für die eine nicht andere Regeln gelten lassen als für die andere.

Wenn man von dem Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung[12]) ausgeht, so ist überhaupt nicht einzusehen, warum eine solche Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung eine andere Zivilrechtswirkung haben sollte, als die entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung[13]). Prozessregeln gelten nur für Voraussetzungen der Wirkung, nicht für deren Inhalt.

Treten aber diese Wirkungen bei der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung in demselben Umfang ein wie bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung, so ist die Kohlersche Ansicht, die auf der gegenteiligen Voraussetzung aufbaut, nicht haltbar[14]).

§ 6.

Die Aufhebungserklärung im Prozess als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung.

I. 1. Es war in den bisherigen Ausführungen gelegentlich als bewiesen unterstellt, dass die Aufhebungserklärung im Prozess als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung anzusehen sei. Dieser Beweis ist jedoch noch zu führen, da diese Auffassung die Grundlage für alle folgenden Ausführungen bildet.

Kohler – vertretenen Auffassung die prozessuale Anfechtung jederzeit zurückgenommen werden kann, vgl. unten § 14.

12) Den Kohler konsequent verteidigt.

13) So auch Hellwig Lehrb. I, 243 N. 6.

14) Walsmann a. a. O. anerkennt keine Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung. Von seinem — nicht von Kohlers — Standpunkt aus könnte der Beweis geführt werden, dass die Anfechtungserklärung im Prozess nicht zulässig sei.

2. Hinzuweisen ist zunächst noch einmal darauf, dass es sich hier ausschliesslich um diejenigen Fälle handelt, wo eine Partei einredeweise oder als Replik ein Aufhebungsrecht geltend macht, nicht um den Fall, dass auf Grund eines Aufhebungsrechtes eine Rechtsgestaltung durch Urteil verlangt wird, aber auch nicht um den, dass eine Partei sich auf die durch Abgabe einer Aufhebungserklärung bereits eingetretene Rechtsänderung beruft.

Für uns kommt ausschliesslich der Fall in Betracht, dass im Prozess eine auf Rechtsänderung gerichtete Erklärung abgegeben wird. Die Rechtsnatur und die Wirkungen einer solchen Erklärung zu untersuchen, ist der Zweck dieser Darlegungen.

II. Zunächst handelt es sich darum, wie sich eine solche Erklärung zu den Begriffen des Rechtsgeschäfts und der Prozesshandlung verhält.

Während die Erklärung einerseits materiellrechtliche Wirkungen haben kann und soll, hängt sie andererseits so eng mit dem Prozess zusammen, dass Kollisionen zwischen materiellem und Prozessrecht nicht zu vermeiden sind. Es hat dann auch nicht an Versuchen gefehlt, diesen Schwierigkeiten durch Konstruktionsversuche abzuhelfen, ohne dass man indessen bisher zu einer Einigung hat kommen können. Es mögen daher zunächst einmal diese Versuche dargestellt werden. Die verschiedenen Konstruktionen heben sich allerdings nicht völlig scharf voneinander ab, sondern gehen vielfach ineinander über; aber es ist doch möglich, wenigstens einzelne Gruppen zu unterscheiden.

A. Trennung in zwei Vorgänge.

Angesichts der Schwierigkeiten, die eine Vereinigung dieser Gegensätze bietet, hat man [1]) zunächst die Ansicht aufgestellt, es könne kein einheitlicher Vorgang sein, der diese Verschiedenheiten in sich vereinigte, sondern es handle sich um zwei

1) Z. B. Planck, Bem. 1 zu § 388; Trutter, S. 7, 127; Eccius, Gruchots Beitr. 42, 37 f.; Petzold, Gruchots Beitr. 44, 847 (mit unbegründeter Berufung

selbständige, nur zeitlich eng verbundene Vorgänge: einmal um die Geltendmachung des Aufhebungs r e c h t s (die Rechtsgeschäft sei) und ferner um die Geltendmachung der erfolgten Aufhebung (die prozessualer Einwand sei). Das Rechtsgeschäft sei in seiner Wirksamkeit unabhängig vom Prozess, während die Prozesshandlung mit dem Prozess stehe und falle.

Die Begründungen dieser Auffassung gehen auseinander:

a) Vom praktischen Gesichtspunkt wird verschiedentlich geltend gemacht[2]), es sei gefährlich, z. B. die Wirksamkeit einer an eine Frist geknüpften Erklärung von den Zufälligkeiten des Prozesses abhängig zu machen, es dürfe also die Erklärung des Aufhebungsrechtes nicht Prozesshandlung sein. So einleuchtend dies an sich klingt, darf man doch die praktischen Konsequenzen nicht allzusehr in den Vordergrund stellen, da sonst die Gefahr einer petitio principii zu nahe liegt. Aus der sofortigen Bindung der Partei an ihre Erklärung würden sich noch schwerere Bedenken ergeben, als es die hier angeführten sind (vgl. unten § 14); die praktischen Konsequenzen aber kann man überhaupt nur dann zum Beweis heranziehen, wenn man damit die völlige Unhaltbarkeit einer bekämpften Ansicht nachweisen will und kann. Dies ist hier aber nicht der Fall, vielmehr wird sich zeigen, dass die hier vertretene Gegenansicht zu durchaus brauchbaren Ergebnissen führt, und zu besseren, als die von G e i b vertretene Auffassung[3]).

b) Eine weitere Begründung geht davon aus, dass ein Rechtsgeschäft seinen Charakter nicht dadurch verlieren könne, dass es zufällig im Prozess vorgenommen werde[4]). Richtig ist, dass r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Erklärungen ihren Cha-

---

auf RG. 19, 362 und Motive zum BGB. II, 107); Litten, a. a. O. S. 161; Könnemann, PosMS. 3, 33 ff.; Struckmann-Koch, Bem. 2 zu § 81. Vgl. dagegen Hellwig, Lehrb. I, 242, Note 16; Oertmann, Bem. 1, b zu § 388; Wach, ZZP. 27, 3, und Walsmann, Arch. ZivPr. 102, 123.

2) Nussbaum S. 74 f.; Geib S. 184 f.

3) Vgl. unten § 9 III 1 b.

4) Rosenberg S. 70 f.; Enneccerus I, 2 S. 187; Nussbaum S 73.

rakter nicht dadurch verlieren, dass sie unter aussergewöhnlichen Umständen, also z. B. im Prozess, abgegeben werden, aber dies gilt doch nur dann, wenn wirklich ein Rechtsgeschäft vorliegt. Und gerade das ist hier die Frage[5]). In den meisten Fällen erklärt z. B. die Partei eine Anfechtung nur für den Prozess, ohne sich der Möglichkeit begeben zu wollen, später die Anfechtung zurückzunehmen und das Zustandekommen des angefochtenen Rechtsgeschäftes überhaupt zu bestreiten[6]). In einem solchen Fall kann man keinesfalls ein Rechtsgeschäft als vorliegend erachten, denn die erklärende Partei wollte gar keine unmittelbare Rechtswirkung herbeiführen, sondern nur die Ausübung des Aufhebungsrechtes zum Prozessstoff machen.

In anderen Fällen wäre es ja allerdings denkbar, dass ausnahmsweise die Partei eine unmittelbare Rechtswirkung hat herbeiführen wollen, und man wird der bekämpften Ansicht das zugeben, dass es Fälle geben kann, wo eine Aufhebungserklärung, die im Laufe des Prozesses vor Gericht abgegeben wird, wirklich ausnahmsweise Rechtsgeschäft ist. Voraussetzung ist dafür aber, dass beide Parteien sich darüber einig und klar sind, dass die Rechtswirkung sofort und unabhängig vom Prozess eintreten soll, ferner aber auch, dass sämtliche Formvoraussetzungen des Rechtsgeschäftes erfüllt sind, insbesondere also, dass die Erklärung von Partei zu Partei oder durch bzw. an bevollmächtigte Vertreter abgegeben wird. In diesem Falle liegt es dann ebenso, als wäre die Erklärung ausserprozessual erfolgt, und es liegt eine Erklärung „im" Prozess im technischen Sinne gar nicht vor, da die Erklärung selbst gar nicht zum Prozessstoff

5) Es soll natürlich nicht bestritten werden, dass die zivilistische Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes Rechtsgeschäft ist, sondern es wird behauptet, dass bei der Abgabe im Prozess diese Erklärungen etwas anderes sind als die entsprechenden zivilistischen Erklärungen.

6) Vielleicht auf Grund eines Dissenses. Denkbar wäre auch die Geltendmachung der Nichtigkeit nach § 138, die Anfechtung aus § 123 statt § 119 oder endlich (um auf einen andern Fall überzugehen) der Wunsch, eine zur Aufrechnung verwandte Forderung in einem andern Prozesse angriffs- oder verteidigungsweise vorzubringen.

gemacht wird [7]). Praktisch wird das darin bedeutsam, dass der Richter eine infolge einer solchen (quasi ausserprozessualen) Erklärung, die sich eigentlich nur in den Prozess verirrt hat, eingetretene Rechtsänderung nur dann zu berücksichtigen hat, wenn sie von einer Partei durch Behauptung in den Prozess eingeführt wird [8]).

Wird der Wahrheit zuwider [9]) behauptet, dass eine solche Erklärung abgegeben sei, also das aufzuhebende Recht nicht mehr bestehe, so kann es sich ereignen, dass der Richter dieser Behauptung aus irgendeinem Grunde Glauben schenkt und bei seiner Deklaration die Rechtsänderung als eingetreten betrachtet. Dann ist aber causa efficiens der nun wirklich eintretenden Rechtsänderung nicht die frühere — gar nicht erfolgte — Erklärung, auch nicht die falsche Parteibehauptung, sondern allein der error des Richters, die authentische Deklaration. Wir haben es hier mit einem im technischen Sinne „unrichtigen" Urteil zu tun, bei dem die Rechtsänderung überhaupt auf keinen Vorgang in der mündlichen Verhandlung, sondern auf das Urteil zurückzuführen ist.

c) Eine besonders eigentümliche Begründung findet die erwähnte Zerteilung der Erklärung bei Rosenberg [10]). Er geht von dem rein formalistischen Gesichtspunkt aus, dass alle Parteierklärungen sich ausschliesslich an das Gericht, aber nicht auch an den Gegner richteten, dass also deshalb

7) Vgl. Heilwig, Pr.Hdlg. S. 31; Oertmann, Bem. 1, d zu § 143, 1 zu § 388 (siehe unten § 7 Note 1), vgl. auch Langheineken S. 128 f. So erledigt sich der Einwand von Nussbaum, S. 74 oben.

8) Geschieht dies nicht, bleibt also die Erklärung eine ausserprozessuale, so ist sie praktisch völlig bedeutungslos in dem Falle, dass der Prozess durch ein Sachurteil beendigt wird. Denn das rechtskräftige Urteil schneidet alle Einwendungen ab, die vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden, aber nicht vorgebracht sind. Es liegt dann genau ebenso, wie wenn der Beklagte während des Prozesses gezahlt hätte, diese Tatsache aber im Prozess nicht vorgebracht wäre (vgl. Wach, ZZP. 27, 15 ff.). Gegen die Präklusion, die aus § 767 Abs. 2 ZPO. zwingend folgt, v. Tuhr S. 198.

9) Gleichgültig von welcher Partei.

10) a. a. O. S. 68 f.

ausser der Erklärung an das Gericht (Prozesshandlung) noch eine Erklärung an die Gegenpartei abgegeben werden müsse, die aus eben diesem Grunde als besonderer Vorgang vor der Erklärung an das Gericht liegen müsse.

Dass die Prozesshandlung sich in erster Linie an das Gericht wendet, ist richtig, aber doch nur in dem Sinne, dass es für ihre Wirksamkeit nicht erheblich ist, dass der Gegner anwesend war, dass also eine Prozesshandlung auch in dessen Abwesenheit vorgenommen werden kann, und dass es Sache des Gegners ist, von den für ihn bestimmten Prozesshandlungen, die in einem gültigen Termin in seiner Abwesenheit vorgenommen sind, Kenntnis zu nehmen[11]). Das bedeutet jedoch nicht, dass eine Prozesshandlung nicht gleichzeitig an Gericht und Gegner gerichtet sein könne. Es ist dies vielmehr als die, von nur wenigen Ausnahmen durchbrochene, Regel anzusehen.

d) Völlig verfehlt erscheint endlich die Konstruktion von Geib[12]). Er erkennt das vom Reichsgericht gefundene Ergebnis[13]) als richtig an, verwirft aber dessen theoretische Begründung und will eine neue Grundlage für die für richtig gehaltene Ansicht geben. Da die Aufhebungserklärung schon vor ihrer prozessualen Wirksamkeit eine materielle haben könne, so sei dies nicht anders denkbar, als dass man es eben mit zwei Vorgängen zu tun habe, der Aufhebung und ihrer Geltendmachung.

Selbst wenn man dem von Geib vertretenen Ergebnis zustimmen wollte, so ist doch diese Art der Beweisführung nicht anzuerkennen, sondern als petitio principii zu verwerfen. Um nämlich die selbständige rechtsgeschäftliche Wirksamkeit zu beweisen, setzt Geib eben diese Wirksamkeit voraus und folgert daraus die Notwendigkeit der Zerlegung einer einheitlichen Erklärung, ein Verfahren, das ihn praktisch zu neuen Schwierig-

11) Vgl. über diese Frage und insbes. Hellwigs Stellung dazu oben § 3 zu und in Note 2, vgl. auch unten § 7 II.

12) Rechtsschutzbegehren S. 184 ff.

13) Vgl. unten zu Note 16 ff.

keiten oder zu neuen gewaltsamen Konstruktionen[14]) führen muss[15]).

B. Die „Doppelnatur".

1. Da sich die Zerreissung der Erklärung in zwei Vorgänge nicht halten lässt, man auch überhaupt einen einheitlichen Vorgang nicht ohne zwingende Gründe in zwei Teile zerspalten soll, so hat zunächst das Reichsgericht[16]) eine Art von Kompromiss zwischen dem unleugbar vorhandenen prozessualen Element in der Erklärung und der ebenso unleugbar vorhandenen materiellen Wirkung aufzustellen versucht.

Diese Auffassung, die in der Rechtsprechung[17]) und in der Wissenschaft[18]) eine sehr grosse Verbreitung gefunden hat, ist von keinem ihrer Vertreter ausführlich logisch begründet worden, auch mangelt es an einer bis in alle Konsequenzen durchgeführten Darstellung dieser Ansicht. Es soll daher zunächst versucht werden — im wesentlichen im Anschluss an

14) Vgl. unten § 9 III. 1. b.

15) Dass man die Geltendmachung der erfolgten Aufhebung streng von deren Erklärung zu scheiden habe, letztere auch bei der Abgabe im Prozess als Rechtsgeschäft, erstere stets als Prozesshandlung zu betrachten habe, lehren auch Förtsch, Gruchots Beitr. 42, 225, Goldschmidt, Arch. ZivPr. 15, 160, Könnemann, PosMS 3, 34, und Redlich, ZZP. 25, 379. Doch überzeugen alle diese Ausführungen nicht davon, dass man die eine Handlung zerspalten soll. Hauptsächlich schwebt wohl auch hier der Gedanke vor, dass der Unterschied der beiden Erklärungen nicht übersehen werden darf. So wenig das zu bezweifeln ist, so wenig ist eine Notwendigkeit vorhanden, eine solche Spaltung in die eine Erklärung, dass aufgerechnet werde, hineinzutragen.

Darin, dass im Prozess die Aufhebungserklärung abgegeben wird, liegt auch gleichzeitig ihre Einführung in den Prozess. Über den Eintritt der Wirkung vgl. unten § 12.

16) RG. 48, 218.

17) Insbes. RG. 63, 411 ff.; Rsp. 1, 77.

18) Stein, Bem. VI, 2 vor § 128; Dernburg, Bürg. R. II, 1, S. 350, N. 3; Litten, Wahlschuld 161; Weismann I, 104; Seuffert, § 145, 4, a; Staudinger-Kuhlenbeck, § 388, 1. Nicht deutlich: Staudinger-Riezler, § 143. Förster-Kann, Bem. 3 vor § 128, § 54 Bem. 2 führt den Ausdruck „Doppeltatbestand" hierfür ein.

Stein[19]) — eine solche Darstellung kurz zu geben, damit diese Ansicht auf ihre Haltbarkeit geprüft werden kann.

Die Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes im Prozesse ist ein prozessuales Rechtsgeschäft, das eine Doppelnatur hat; es ist Prozesshandlung, aber es ist auch „zugleich seinem Inhalt nach auf eine Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses gerichtet“ [20]).

„Für den Prozess“ kommen hinsichtlich ihrer Behandlung die prozessualen Grundsätze in Betracht, insbesondere für Form, Beurkundung, Vertretung, Vollmacht usw., ebenso auch für Widerruf und Zurücknahme.

„Die prozessual wirksame Vornahme genügt nun ohne weiteres, um die Handlung auch zivilrechtlich wirksam zu machen, namentlich hinsichtlich ihrer Vollendung, der Form und der Beurkundung. Anfechtung und Widerruf sind daher — ihre prozessuale Möglichkeit vorausgesetzt — nur insoweit zulässig, als eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nach bürgerlichem Rechte begründet ist. Andererseits ist es keineswegs notwendig, dass die prozessuale Wirksamkeit Voraussetzung der materiellen ist: wird eine materielle Erklärung im vorbereitenden Schriftsatze abgegeben, so ist sie prozessual noch nicht wirksam und materiell dann nicht, wenn die Erklärung im Wege der Prozesshandlung erfolgen muss [21]). In anderen Fällen wird es Frage der Willensauslegung sein, ob die Erklärung abgegeben oder nur angekündigt ist. Wird endlich die prozessuale Wirksamkeit gegenstandslos, weil der Prozess sich ohne Urteil erledigt, so kann die materiellrechtliche erhalten bleiben [22]).“

Stein unterscheidet sonach mit Recht zwei Fälle: Es kann auch in einem vorbereitenden Schriftsatz — ebenso wie in einer Prozesserklärung — eine materiellrechtliche Erklärung ent-

19) Die anderen Vertreter dieser Ansicht begnügen sich damit, einzelne Konsequenzen zu ziehen.

20) Stein, § 128, Vorbem. VI, 2, zu N. 138; § 145, VI, 1.

21) Stein denkt hier an die Anfechtung der Ehe oder der Ehelichkeit eines Kindes, vgl. a. a. O. zu N. 137.

22) Stein, a. a. O. Vorb. VI, 3. Vgl. auch die teilweise fast wörtlich übereinstimmende Entscheidung des RG. 63, 411 ff.

halten sein; diese kann auch, wenn sie ordnungsmässig zugeht, ihre volle materielle Wirksamkeit entfalten [23]). Hier gelten dann ausschliesslich materiellrechtliche Grundsätze, insbesondere für die Form, die Beurkundung und die Vertretungsbefugnis. Eine solche Erklärung ist keine Erklärung „im" Prozess im technischen Sinne, für sie ist der Fortgang des Prozesses unerheblich, und sie ist für den Richter so lange unbeachtlich, als sie nicht in den Prozess eingeführt ist.

Daneben steht die eigentliche „Erklärung im Prozess". Diese folgt „für den Prozess", d. h. für die Frage, ob sie für den Richter beachtlich ist, lediglich den für Prozesshandlungen geltenden Regeln. Ist sie aber einmal „prozessual wirksam" abgegeben, so ist sie damit „ohne weiteres" auch zivilrechtlich wirksam und bleibt dies auch, wenn die prozessuale Wirksamkeit etwa infolge einer Klagrücknahme gegenstandslos wird. Hiernach entsteht (immer nach Stein) eine selbständige zivilrechtliche Wirkung in dem Augenblick, wo die prozessuale Erklärung wirksam abgegeben ist; diese zivilrechtliche Wirksamkeit ist unabhängig von den weiteren Schicksalen des Prozesses und der prozessualen Erklärung. Was Stein für den Fall der Klagrücknahme ausführt, muss natürlich ebenso auch gelten für den Fall, dass ein Versäumnisurteil ergeht oder dass der Prozess sonstwie endigt, ohne dass die fragliche Prozesshandlung von entscheidendem Einfluss auf seinen Ausgang ist (vgl. unten § 15).

Diese materielle Wirksamkeit kann eine solche Prozesshandlung natürlich nur dann haben, wenn sie zunächst „prozessual", d. h. nach Prozessrecht, wirksam abgegeben ist. Dazu gehört aber (wie unten § 13 näher auszuführen sein wird) Gültigkeit des Prozesses (Parteifähigkeit usw.) und der Verhandlung (Postulationsfähigkeit, Legitimation). Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist die Erklärung nicht „prozessual wirksam" abgegeben, kann also auch eine materielle Wirksamkeit nicht haben [24]).

23) Vgl. oben zu N. 7 und 8 und unten § 11 zu N. 4.
24) Stein, § 50, VII; § 51, II.

Diese Voraussetzungen sind nicht mit denjenigen Sachurteilshindernissen zu verwechseln, die mit der Legitimation zur Abgabe der Erklärung und mit der Abgabe der Erklärung selbst nichts zu tun haben, z. B. Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit. Liegt ein solches Sachurteilshindernis vor, so sind die trotzdem vorgenommenen Prozesshandlungen wirksam. Stein spricht dies zwar nicht ganz deutlich aus, aber eine andere Auslegung seiner Ansicht würde zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen. Ganz zweifellos ist die Klageerhebung und ihre Zurücknahme auch bei Vorliegen eines Sachurteilshindernisses wirksam, und dasselbe muss für alle Prozesshandlungen jedenfalls dann gelten, wenn eine an sich begründete verzichtbare prozesshindernde Einrede nicht geltend gemacht wird. Aber man kann auch weiter nicht behaupten, dass eine Prozesshandlung dann mit rückwirkender Kraft nachträglich wirksam werde, wenn ein zunächst vorliegendes Sachurteilshindernis nachträglich wegfällt, oder dass die Prozesshandlung nachträglich unwirksam werde, wenn ein Sachurteilshindernis nachträglich eintritt oder bekannt wird. Hieraus folgt, dass auch bei dem Vorliegen eines Sachurteilshindernisses eine Prozesshandlung jedenfalls prozessual wirksam ist. Nun sagt Stein ausdrücklich, dass es für die (prozessuale) Wirksamkeit einer Prozesshandlung gleichgültig ist, ob sie eine materielle Wirkung haben kann oder nicht (Bd. 1 S. 361), es muss also der eben aufgestellte Satz auch dann gelten, wenn die Prozesshandlung eine „Doppelnatur" hat. Da weiter die prozessuale Wirksamkeit zur Herbeiführung der materiellen Wirkung nach Stein ohne weiteres genügt, so muss er zu dem Ergebnis kommen, dass das Vorliegen eines Sachurteilshindernisses an sich auch für die materielle Wirksamkeit einer Aufhebungserklärung im Prozess unerheblich ist, falls nicht etwa ein besonderer Umstand (z. B. mangelnde Legitimation) hinzutritt, der die Erklärung als solche unwirksam sein lässt.

2. Diese soeben dargestellte Lehre ist in mehr als einem Punkte angreifbar:

a) Zunächst ist es auffällig, dass in der Literatur ein Be-

weis für die Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen weder geführt noch auch versucht wird. Ein solcher Beweis wäre um so notwendiger gewesen, als man hier ein völlig neues Rechtsgebilde schaffen will: eine Prozesshandlung, die zivilrechtliche Wirkungen erzeugt, dann aber sofort die Herrschaft über sie verliert, wie eine Henne, der die ausgebrüteten Entchen wegschwimmen.

Dass an eine Rechtshandlung, die nicht zivilrechtlicher Art ist, zivilrechtliche Folgen geknüpft werden, ist an sich durchaus nicht unmöglich, es kommt bei der Enteignung insbesondere häufig vor. Aber dabei ist doch die Voraussetzung, dass diese Rechtshandlung zunächst als solche wirksam ist und bleibt und auch die zunächst mit ihr verbundenen Folgen hat. Wenn der Rechtsvorgang, der diese zweierlei Folgen hat, später einmal aufgehoben wird, so fallen nicht nur seine unmittelbaren, sondern auch seine mittelbaren Folgen weg. Von dieser Regel will jedoch Stein abweichen, wenn er die materielle Wirksamkeit der Prozesshandlung ganz unabhängig macht davon, ob die Prozesshandlung ihre ursprüngliche Wirkung, die prozessuale, nämlich den Einfluss auf das Urteil, hat oder nicht hat.

Nach Stein hat die Prozesshandlung einen Einfluss auf das Urteil, also ihre unmittelbare Wirkung, jedenfalls dann nicht[25]), wenn der Prozess so endigt, dass alle Prozesshandlungen gegenstandslos werden, also z. B. durch Klagrücknahme, Vergleich oder Versäumnisurteil[26]). Hier bleibt nach der Ansicht Steins die materielle Wirkung bestehen.

Dieser Fortbestand ist aber gerade das, was die Ansicht Stein's unhaltbar macht. Eine Prozesshandlung ist auch für den Prozess nur dann vorhanden, wenn sie am Schluss der letzten Tatsachenverhandlung noch gültiger Prozessstoff ist. Sie ist dies, wenn sie gegenstandslos geworden ist, ebensowenig, wie wenn sie überhaupt nicht oder von einer nicht prozessfähigen Partei vorgenommen war. Es ist nicht angängig, diese Fälle

25) Über Zurücknahme der Prozesshandlung s. u. S. 40.
26) Dem steht das Anerkenntnisurteil hier überall gleich.

verschieden zu behandeln, die materielle Wirkung in dem einen Falle eintreten zu lassen, in dem anderen aber nicht.

Dass man hier von den zivilrechtlichen Formen für die Herbeiführung einer zivilrechtlichen Wirkung absieht und eine solche Wirkung an den Bestand einer Prozesshandlung knüpft, lässt sich nur damit rechtfertigen, dass im Prozess die Beweglichkeit der Parteien eine viel grössere ist, dass sie in weitem Masse die Möglichkeit haben, begangene Fehler wieder gut zu machen, und vor allem, dass durch Richterspruch — wenigstens implicite — festgestellt wird, ob die materielle Wirkung eintritt oder nicht. Das hat auch den Gesetzgeber veranlasst, für eine Reihe besonders schwerwiegender materieller Erklärungen die prozessuale Vornahme vorzuschreiben [27]). Man darf daher nicht diese Voraussetzungen ausser acht lassen und etwa die materielle Wirkung auch dann an eine Prozesshandlung knüpfen, wenn die besonderen prozessualen Sicherheiten, insbesondere auch der richterliche Ausspruch, nicht vorhanden sind. Das tut aber Stein, wenn er die Hinfälligkeit der Prozesshandlung oder die Zurücknahme der Klage für unerheblich bezüglich der materiellen Wirksamkeit erklärt.

Es sind aber nicht nur die prozessualen Formvorschriften allgemein leichter als die materiellen, sondern es gibt auch das Prozessrecht in vielen Fällen eine Vertretungsmacht, die das materielle Recht nicht oder doch nicht in dem gleichen Umfange kennt. So hat z. B. der Prozessbevollmächtigte das Recht, jede Prozesshandlung vorzunehmen, also auch eine derartige Aufhebungserklärung abzugeben; damit ist ihm eine gewisse Verfügungsmacht über den Prozessgegenstand und — bei der Aufrechnung — auch über andere Vermögensstücke seines Mandanten gegeben. Diese Macht lässt sich aber auch wieder nur damit rechtfertigen, dass es im Prozesse notwendig ist, dem Anwalt möglichst freien Spielraum in der Wahl der Angriffs- und Verteidigungsmittel zu geben, soweit diese für den Prozess erheblich sind. Mit der Bedeutung für das Endurteil, also der

27) Vgl. oben zu N. 21.

Erheblichkeit für den Prozess, endigt auch die innere Berechtigung für die Ausdehnung der Anwaltsvollmacht auf Handlungen mit materieller Wirksamkeit. Sobald also die Erklärung für die Entscheidung des Prozesses bedeutungslos geworden ist, ist eine Berechtigung des Anwalts, über Vermögensstücke seiner Mandanten zu disponieren, nicht mehr zu rechtfertigen [28]).

Ebenso wie beim Anwalt liegt die Frage bei dem gesetzlichen Vertreter, der zu gewissen Verfügungen einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, die für die Prozesshandlung nicht erforderlich ist [29]).

Auch in diesen beiden Fällen muss man von Stein's Standpunkt aus zu unhaltbaren Ergebnissen kommen.

Weiterhin ist oben (§ 5) ausgeführt worden, dass die Zulässigkeit von Änderungen der materiellen Rechtslage im Prozess sich nur aus dem Gesichtspunkte der Vereinfachung der prozessualen Situation rechtfertigt. Damit der Richter möglichst feste Anhaltspunkte hat und damit die Rechtslage am Schluss der mündlichen Verhandlung im Urteil möglichst richtig deklariert werden kann, wird den Parteien die Möglichkeit gegeben, noch im Prozesse Erklärungen abzugeben, die die materielle Rechtslage ändern. Diese Zulässigkeit von Rechtsänderungen ist aber auch nur dann und insoweit gerechtfertigt, als sie wirklich das Urteil beeinflussen, anderenfalls versagt dieser Grund für die Zulässigkeit einer derartigen Disposition über materielle Rechtsverhältnisse in Formen, die dafür an sich nicht gegeben sind. In letzter Linie ist hier die materielle Rechtsänderung nur zur Unterstützung des Prozesses da, sie verliert ihre Daseinsberechtigung, wenn der Prozess ihrer nicht mehr bedarf.

Besonders schwierig gestaltet sich die Frage, ob und mit welcher Wirkung eine solche Erklärung zurückgenommen werden kann. Stein spricht sich hierüber nicht ganz deutlich

28) Für diese Ausdehnung ausdrücklich RG. 63, 413. Das Nähere über die Ausdehnung unten § 9 zu N. 24 ff.

29) Vgl. das Beispiel unten § 8, II, 3.

aus, insbesondere nicht darüber, ob er eine Zurücknahme wenigstens für den Prozess zulassen will oder nicht; die materielle Wirkung kann jedenfalls, wie er deutlich sagt, nur dann beseitigt werden, wenn die Voraussetzungen einer materiellen Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit vorliegen und die Zurücknahme ausserdem nicht durch den Schluss der mündlichen Tatsachenverhandlung präkludiert ist. Für das Anerkenntnis steht er jedenfalls auf dem Standpunkte, dass es auch für den Prozess nicht frei widerrufen werden kann, sondern nur nach materiellen Grundsätzen [30]). Im übrigen sagt er an der oben zitierten Stelle einmal, dass „für den Prozess" auch bezüglich der Zurücknahme prozessuale Regeln gelten müssen, dann aber gleich darauf, dass Anfechtung und Widerruf nur insoweit möglich sind, als eine materielle Anfechtbarkeit gegeben ist.

Um die Haltbarkeit seiner Ansicht zu prüfen, muss man daher die beiden Auslegungen der Steinschen Ansicht heranziehen.

Zunächst erscheint es mit den Grundprinzipien des Prozessrechts nicht vereinbar, dass man auch für den Prozess die Zurücknahmemöglichkeit ausschliesst. Es ist einer der Eckpfeiler des geltenden Prozessrechtes, dass die Parteien eine möglichst weitgehende Bewegungsfreiheit haben; sie können sogar noch in der Berufungsinstanz neue Behauptungen aufstellen und frühere zurücknehmen. Es hiesse der Verhandlungsmaxime ins Gesicht schlagen, wollte man hier die Zurücknahmemöglichkeit in dieser Weise beschränken. Man muss vielmehr daran festhalten, dass eine Zurücknahme der Erklärung für den Prozess mit der Wirkung zulässig ist, dass der Richter die Erklärung nicht berücksichtigen darf, aber auch der Gegner sich nicht darauf berufen kann. Es nützt nichts, wenn man — was ja Stein zweifellos zugestehen muss — es zulässt, dass die Behauptung der infolge der Erklärung eingetretenen Nichtigkeit im Prozess zurückgenommen wird; denn das hätte zur Folge, dass der Gegner sich auf die auch für den

30) Stein, § 307, V.

Prozess eingetretene, aber in ihm nicht geltend gemachte Nichtigkeit nun seinerseits berufen könnte, dass also die Zurücknahme der Behauptung völlig gegenstandslos würde.

Nun lässt sich, wie erwähnt, die Ansicht Stein's auch so auslegen, dass er im allgemeinen (soweit nicht besondere Bestimmungen gegeben sind) die Zurücknahme der Erklärung für den Prozess zulassen will, aber mit der Massgabe, dass die materielle Wirkung unberührt bestehen bleibt. Dann wird der Verstoss gegen die Verhandlungsmaxime vermieden, aber es entstehen andere grosse Schwierigkeiten.

Auch bei dieser Auslegung liegt ein unbegründeter Widerspruch darin, dass für die Herbeiführung einer materiellen Wirkung prozessuale Regeln gelten sollen, für ihre Beseitigung aber materielle. Weiter würden sich hier, wenn die Erklärung materiell zurückgenommen ist, dieselben Schwierigkeiten ergeben, die oben für den Fall der Klagzurücknahme und des Versäumnisurteils ausgeführt sind.

Ist die Erklärung materiell wirksam, aber prozessual zurückgenommen, so ergeht ein („richtiges") [31]) Urteil, das von der ausserprozessualen Lage abweicht, und es ist nicht ersichtlich, wie der Einklang wiederhergestellt werden soll. Allerdings würde ja nach der „materiellen" Rechtskrafttheorie (oben § 2) das Urteil eine Rechtslage authentisch deklarieren, die die Nichtabgabe der Erklärung voraussetzt, und auch nach Stein's „prozessualer" Rechtskrafttheorie würde die Unbestreitbarkeit des Urteilsinhabers praktisch in den meisten Fällen [32]) die Schwierigkeit mindern, aber es bliebe doch immer noch die materielle Wirksamkeit der Erklärung bestehen, die mit dem Inhalt des Urteils nicht vereinbar ist.

Es kann und soll nicht bestritten werden, dass derartige Widersprüche zwischen materiellem Recht und Urteilsinhalt auch sonst nicht unmöglich sind, indessen sind derartige Fälle stets eine Anomalie und widerstreben der Absicht des Gesetzes. Wenn

31) Vgl. oben § 2 zu N. 4 ff.

32) Aber keinesfalls stets, da die Urteilsgründe an der „Unbestreitbarkeit" nicht teilnehmen. Vgl. das Beispiel unten zu N. 37.

es auch Fälle gibt, wo der Widerspruch nicht zu vermeiden ist, so soll man doch darauf bedacht sein, solche Fälle nach Möglichkeit zu vermeiden, und man soll vor allem nicht eine Auffassung vertreten, die solche Fälle zur ganz unbedingten Folge hat.

Endlich aber und vor allem ist es ein logischer Widerspruch, wenn man sagt, durch Abgabe der Anfechtungserklärung werde die angefochtene Willenserklärung zunächst prozessual und materiell hinfällig, wenn aber die Anfechtungserklärung zurückgenommen werde, so trete die angefochtene Erklärung für den Prozess wieder in Kraft[33]), materiell bleibe sie aber nichtig[34]).

b) Die hier bekämpfte Ansicht ist aber nicht nur aus dogmatischen, sondern auch aus praktischen Gründen nicht haltbar:

Die Partei, die im Prozess eine Aufhebungserklärung abgibt, will damit in erster Linie auf die Entscheidung des Prozesses einwirken. Ob die materielle Wirkung auch eintritt, ist ihr in vielen Fällen nebensächlich, oft aber will sie diese materielle Wirksamkeit nur dann, wenn auch die prozessuale Wirksamkeit eintritt. Nach Stein ist es nun aber durchaus möglich, dass die nicht oder nicht unbedingt gewollte materielle Wirkung zwar eintritt, nicht aber die zunächst und unbedingt gewollte prozessuale Wirkung.

Beispiel: Kaufmann A gibt und nimmt viel Kredit. Er hat gegen den Händler B eine zu 6 % verzinsliche Forderung, für die ein gutes Bankhaus sich verbürgt hat. B hat eine sofort fällige unverzinsliche Forderung gegen A, die er einklagt, da A am Fälligkeitstage nicht Zahlung geleistet hat. A hat augen-

33) Das trifft natürlich dann nicht zu, wenn man annimmt, dass Stein eine Zurücknahme für den Prozess gleichfalls ausschliesst; auch dann aber könnte ja noch die Behauptung der Nichtigkeit zurückgezogen werden.

34) Diesen Widerspruch vermeidet die unten (C) vertretene Ansicht: Die Nichtigkeit des Vertrages tritt innerhalb und ausserhalb des Prozesses nur übereinstimmend ein, und zwar dann, wenn die Erklärung ein rechtskräftiges Urteil erkennbar bestimmend beeinflusst; der Eintritt der Nichtigkeit wird zurückbezogen auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung. Sie wirkt natürlich selbst weiter zurück auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärungen, die angefochten werden, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

blicklich kein bares Geld, er sieht deshalb einer Pfändung entgegen, die seinen geschäftlichen Kredit schwer schädigen müsste. Aus diesem Grunde sieht er sich veranlasst, seine gute Forderung gegen die des B im Prozess aufzurechnen. Im weiteren Verlaufe des Prozesses einigt er sich mit B dahin, dass dieser die Klage zurücknimmt. Nach Stein ist in diesem Falle die Aufrechnung materiell vollzogen, A hat seine hochverzinsliche, sichere Forderung verloren, die er doch nur deshalb opfern wollte, um der Verurteilung und Pfändung zu entgehen. Unter diesen Umständen war das Opfer völlig unnötig.

Die unerfreulichen Folgen der bekämpften Ansicht würden sich noch deutlicher zeigen, wenn A (im Amtsgerichtsprozess) in der Lage war, die Einrede des Schiedsvertrages zu erheben. Er durfte die Einlassung nicht verweigern, und wenn er sich nicht erklärte, so trat — wenn etwa der Richter die Einrede nicht für begründet hielt — auf jeden Fall Urteilsreife ein, und er wurde verurteilt[35]). Er war daher gezwungen, seine Gegenforderung zu opfern, bevor über die prozesshindernde Einrede entschieden war. Selbst dann, wenn die Klage dann ab instantia abgewiesen wird, das Opfer also völlig unnötig war, ist es nach Stein unwiderruflich.

Wozu aber eine Beschränkung der Zurücknahme führen kann, zeigt folgender Fall:

A hat dem C ein Gemälde verkauft und übergeben und klagt nun gegen dessen Erben B auf Bezahlung. B erfährt, dass A den C bei Abschluss des Kaufvertrages arglistig getäuscht hat, und erklärt deshalb jetzt im Prozess die Anfechtung wegen Täuschung. Noch während des Prozesses findet dann B einen Zeugen, der bekundet, dass A dem C seinerzeit die Kaufschuld durch Vertrag erlassen hat. B ist also in der Lage, statt der Anfechtung das Erlöschen der Klagforderung geltend zu machen, und er kann dies zweifellos auf dem Wege erreichen,

35) Nach der einen Ansicht durch Versäumnisurteil, weil § 333 ein Verhandeln zur Hauptsache erfordere; nach der anderen Ansicht (Stein) durch kontradiktorisches Urteil, weil nach § 138 II die Behauptungen des A als zugestanden gelten.

dass er die Behauptung der Nichtigkeit (die durch die Anfechtung herbeigeführt ist) zurückzieht. Dann kann aber A sich seinerseits auf die Nichtigkeit berufen und seinerseits Herausgabe des Gemäldes verlangen, die Bewegungsfreiheit des B ist in hohem Masse eingeschränkt: Obwohl er den Erlass beweisen kann, muss er das Bild herausgeben, nur weil er im ersten Augenblick die Anfechtung erklärt hat, als er von dem Erlass noch nichts wusste.

Nimmt man nun an[36]), dass Stein die Zurücknahme der Erklärung für den Prozess mit der Massgabe zulässt, dass auch der Gegner sich nicht auf die Wirkung der Erklärung berufen kann, so könnte in dem vorliegenden Falle B erreichen, dass die Klage wegen des Erlasses, nicht wegen der Anfechtung, abgewiesen wird. Aber auch das hilft ihm nicht, denn auch bei dieser Auslegung ist nach Stein die Anfechtung materiell wirksam erfolgt, der Kaufvertrag ist damit nichtig geworden, und — B muss das Gemälde nach § 812 BGB. dem A herausgeben, obwohl er den Erlass bewiesen hat! Dass das Nichtbestehen der Kaufpreisforderung „unbestreitbar" geworden ist, nützt ihm nichts, denn das Urteil sagt ja nichts darüber, ob angefochten ist oder nicht[37]). Man kann gegenüber diesem doch sicher höchst unerfreulichen Ergebnis auch nicht einwenden, dass eine etwa von B an A erklärte ausserprozessuale Anfechtung zu der gleichen Rechtslage führen könnte; denn bevor B eine Anfechtung ausserprozessual erklärte, konnte er genau prüfen, ob vielleicht ein anderer Einwand gegen den Anspruch des A bestand; im Prozess war er durch die drohende Urteilsreife und die damit verbundene Präklusion gezwungen, die Anfechtung sofort zu erklären.

Die hier gegen Stein vertretene Lehre von der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung kommt zu wesentlich besseren Ergebnissen. Da das Urteil — wenn die Anfechtung zurückgenommen ist — auf dem Erlassvertrag, nicht auf der Anfechtung beruht, so ist diese Anfechtung prozessual und damit

36) Vgl. oben S. 41.

37) Vgl. oben zu N. 32.

auch materiell gegenstandslos geworden. B kann demnach sein Gemälde behalten.

Diese Entscheidung ist, da ja der Erlass bewiesen ist, allein gerecht: B darf nicht wegen des von A gegen C begangenen Betrugs schlechter gestellt sein als sonst.

Aus diesen Erörterungen folgt, dass Stein's Ansicht nicht haltbar ist; sie ist gegründet auf das vom Reichsgericht aufgestellte Kompromiss und hat alle Fehler eines solchen: sie kommt zu grossen theoretischen und praktischen Schwierigkeiten, die ihre Durchführung unmöglich erscheinen lassen.

Es ist zu hoffen, dass das Reichsgericht sich entschliessen wird, seinen bisher vertretenen Standpunkt zugunsten der unten dargestellten Ansicht aufzugeben, und so den Weg freimachen wird zu einer gesunden Fortentwicklung.

C. Die Auffassung als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung [38]).

1. Aus den obigen Darlegungen hat sich ergeben, dass mit dem Begriff des Rechtsgeschäftes hier überhaupt nicht operiert werden darf, rechtsgeschäftliche Grundsätze, als mit dem Prozess unvereinbar, also gänzlich ausser Betracht zu bleiben haben. Im Gegensatz dazu ist es ganz unbestreitbar, dass diese Erklärungen Prozesshandlungen sind [39]). Mag man diesen Begriff der Prozesshandlung so eng nehmen, wie man will, stets wird man als solche gelten lassen müssen eine Erklärung der Partei in der mündlichen Verhandlung, die auf den Streit-

38) Diese Ansicht wird u. a. vertreten von Bunsen, ZZP. 26, 294 und ZZP. 35, 401; Hellwig, Lehrb. I, 242 f.; Pr.Hdlg. S. 29 ff.; System I, 432; Kohler, ZZP. 29, 1 ff.; Lehrb. BR. I, S. 205, II, 1, S. 216; Pagenstecher, insbesondere in Stier-Somlos Jahrb. d. VerwR. 1, 334 ff.; Schneider, ZZP. 31, 271 ff.; Wach, ZZP. 27, 1 ff.; Langheineken S. 127 ff.

39) Auch diejenigen, die (wie Rosenberg, S. 68, und Weigelin, S. 8), den ausschliesslich rechtsgeschäftlichen Charakter der Aufhebungserklärung betonen, bestreiten nicht, dass in der Erklärung im Prozess auch eine Prozesshandlung, nämlich die Geltendmachung der erfolgten Aufhebung, liege. Es ist dies also nur ein scheinbares Bestreiten des aufgestellten Satzes.

gegenstand Bezug hat und die abgegeben wird in der Absicht, die Entscheidung des Prozesses zu beeinflussen.

Es handelt sich jedoch hier um eine Prozesshandlung eigener Art, wie sich aus der folgenden Betrachtung ergeben wird. Wenn nämlich der Beklagte im Prozess ein Aufhebungsrecht geltend macht, dann wird diese Geltendmachung zum Prozessstoff und ist als solcher vom Richter zu berücksichtigen. Wenn sich alsdann der Richter von dem Bestehen des Aufhebungsrechtes überzeugt, so deklariert er eine Rechtslage, die die Aufhebung des fraglichen Rechtes voraussetzt. Es ist demnach die Rechtslage ex causa der Aufhebungserklärung tatsächlich geändert worden, aber nicht unmittelbar, sondern durch die Vermittlung des Urteils; es handelt sich also um eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung. Am deutlichsten zeigt sich das bei dem landgerichtlichen Berufungsurteil, das in dem letzten Termin verkündet wird und auf der Aufhebungserklärung beruht. Dieser Fall liegt völlig einfach. Abweichungen ergeben sich daraus, dass nicht jedes Urteil sogleich rechtskräftig wird, dass die Erklärung nicht erst in der letzten mündlichen Verhandlung abgegeben wird und endlich daraus, dass auch das Urteil in der Regel nicht im Verhandlungstermin, sondern erst im Verkündungstermin verkündet wird.

2. Diese Auffassung, die bei der Unhaltbarkeit aller anderen als die allein mögliche erscheint, bedarf noch einer näheren Ausführung.

Es wurden oben (§ 4) zwei Gruppen der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung unterschieden, nämlich solche, die eine Zivilrechtswirkung haben können, und solche, die sie haben sollen. Diese letzteren sind aber nichts anderes als unsere Aufhebungserklärungen. Wenn nämlich die Partei ein Aufhebungsrecht geltend macht, so will sie die Rechtsaufhebung herbeiführen, allerdings unter der Voraussetzung, dass die Aufhebung prozessual notwendig ist, d. h. dass wirklich auf Grund der Aufhebung ein rechtskräftig werdendes Urteil ergeht. Geschieht dies, so deklariert das Urteil eine Rechtslage, die mit der vorprozessualen nicht übereinstimmt. Es stellt sich also

jetzt heraus, dass sich die Rechtslage geändert hat; sie hat sich geändert auf Grund der Aufhebungserklärung, die auf diesem Wege also eine Zivilrechtswirkung erlangt hat[40]).

3. Ein Punkt ist hier jedoch noch nachzuholen. Es muss noch die Norm nachgewiesen werden, die den Richter zwingt, eine im Prozess abgegebene Aufhebungserklärung bei seiner Urteilsdeklaration zu berücksichtigen, denn wenn seine freie Prüfung und Beweiswürdigung irgendwie mitspielte, so wäre ja die Entscheidung nicht mehr auf Grund der Aufhebungserklärung erfolgt (vgl. oben § 4 Note 7).

Eine solche den Richter zwingende Norm ist auf folgendem Wege zu finden:

Der Richter hat die Rechtslage so zu deklarieren, dass sie, soweit es überhaupt im menschlichen Können steht, mit der wirklichen Lage übereinstimmt. Die durch die Aufhebungserklärungen erfolgenden Rechtsänderungen treten nur dann ein, wenn das auf sie hin ergehende Urteil Rechtskraft erlangt, es ist also im Augenblick der Urteilsfällung — soweit es sich nicht um landgerichtliche Berufungsurteile, die sofort rechtskräftig werden, handelt — noch ungewiss, ob die Rechtsänderung eintritt. Aber die Voraussetzung für den Eintritt dieser Rechtsänderung, nämlich die Rechtskraft des Urteils, ist die gleiche, von der auch der Bestand des Urteils überhaupt abhängt. Dass das Urteil rechtskräftig wird, muss der Richter voraussetzen, und er kann es voraussetzen, weil ja seine ganze Deklaration davon abhängt. Wird das Urteil nicht rechtskräftig, so ist die ganze Deklaration ebenso bedeutungslos wie das, was vorhergeht; tritt die Rechtskraft aber ein, so wird der Eintritt der Rechtsänderung jedenfalls auf einen vor dem Urteil liegenden Zeitpunkt zurückbezogen[41]). Es muss daher der Richter bei seiner Deklaration den Eintritt der Rechtskraft und damit der Wirksamkeit der Aufhebungserklärung voraussetzen. Ist aber

40) Vgl. Hellwig, Lehrb. I, 242 ff.; Kohler ZZP. 29, 1 ff. (insbes. S. 29 mit ZZP. 20, 15); Pagenstecher in Stier-Somlos Jahrb. d. VerwR. 1, 349.

41) Und zwar, wie unten § 12 zu zeigen sein wird, auf den Schluss der mündlichen Verhandlung. Vgl. dazu auch Flechtheim, Gruchots Beitr. 44, 74.

die Wirkung der Aufhebungserklärung, also die Aufhebung des angegriffenen Rechtes eingetreten, so ist die Norm, die den Richter zur Berücksichtigung zwingt, keine andere als die, dass er eben die Wahrheit zu deklarieren hat[42]).

Voraussetzung des Eintritts der Rechtsänderung ist natürlich auch in diesem Falle, dass die Erklärung in der vorschriftsmässigen Art und Weise abgegeben ist. Welche Vorschriften hier in Frage kommen, darüber wird später zu handeln sein.

Weiter ist auch nötig, dass das Urteil „richtig" (in dem oben § 2 N. 4 ff. erörterten Sinne) ist. Wenn also z. B. ein Aufhebungsrecht gar nicht bestand, der Richter aber doch wegen der Aufhebungserklärung abgewiesen hat, so ist dies Urteil „unrichtig". Denn die Aufhebungserklärung hätte die Aufhebung auch dann niemals herbeiführen können, wenn sie ausserprozessual abgegeben wäre. Dass in diesem Fall der geltend gemachte Anspruch aufgehoben wird, beruht nicht auf der Aufhebungserklärung, die eine Zivilrechtswirkung gar nicht erlangt hat, sondern auf der authentischen Deklaration, die das rechtskräftige Urteil enthält.

III. Von besonderer Bedeutung für die Lehre von der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ist endlich auch der Umstand, dass sie nicht die Kohler'sche Rechtskrafttheorie zur unbedingten Voraussetzung hat. Den besten Beweis dafür, dass man sie auch von dem entgegengesetzten Standpunkt aus zulassen kann, bietet die Ansicht Hellwigs, der zwar dem Urteile eine authentische deklarierende Macht abspricht[43]), aber doch die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung nicht nur anerkennt, sondern sogar hat schaffen helfen[44]). Wie er sie konstruiert, kann dahingestellt bleiben;

---

42) Vgl. dazu Pagenstecher in Stier-Somlos Jahrb. d. VerwR. 1, 350.

43) Rechtskraft S. 10 ff.; Lehrb. II, 39; System I, 773 zu N. 10.

44) Lehrb. I, 242 f.; Pr.Hdlg. 29 ff. Dass die veränderte Ausdrucksweise im System (I, 432) keine Bedeutung hat, ergibt sich deutlich daraus, dass alle praktischen Konsequenzen im „System" genau ebenso angegeben sind wie im „Lehrbuch" und in „Pr.Hdlg.". Anders beim Vergleich (System I, 626 ff.). Wie sich Hellwig die Wirkung der Aufhebungserklärung denkt, erhellt auch aus

er selbst hat es nicht eingehender ausgeführt, sondern sich auf Andeutungen beschränkt. Es kommt aber auch nicht darauf an, festzustellen, wie sich Hellwig diese Konstruktion denkt, sondern wesentlich ist, dass einer der hervorragendsten Vertreter der rein prozessualen Rechtskrafttheorie den Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung mit seiner Rechtskrafttheorie für vereinbar hält.

Lehrb. I, 249. Was er hier für die peremptorischen Einreden ausführt, hat er für diese allerdings im System I, 260 zurückgenommen, aber es behält seine Bedeutung für seine Auffassung der Aufhebungserklärung.

Zweites Kapitel.

Die Form der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 7.

Allgemeines über die Form.

I. 1. Wenn nun dazu übergegangen werden soll, die für die Abgabe der Aufhebungserklärung im Prozess zu beachtende Form zu erörtern, so ist auch hier wieder auszugehen von dem Gegensatz zwischen Rechtsgeschäft und Prozesshandlung. Es wurde oben[1]) darauf hingewiesen, dass während des Prozesses, aber nicht „im" Prozess, rechtsgeschäftliche Erklärungen vorkommen können. Für derartige Rechtsgeschäfte ist die Form selbstverständlich regelmässig die der formlosen, aber empfangsbedürftigen Willenserklärung; ihre Wirksamkeit bestimmt sich nach §§ 387 ff., 143, 130 ff., 164 ff. BGB.

2. Diese Grundsätze können jedoch dann nicht mehr gelten, wenn es sich um eine Prozesserklärung handelt. Die Form der Prozesserklärung ist die Abgabe in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmten, gültigen Termin. Dass der Gegner anwesend sei, ist nicht zu erfordern, da die Prozesshandlung sich in erster Linie an das Gericht richtet[2]). Hiermit ist jedoch nicht gesagt, dass sie sich nicht gleichzeitig auch an den Gegner richte, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich anwesend war.

3. Die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung kann sich — das bedarf keiner weiteren Begründung — nicht aus-

1) § 6 N. 7.
2) Oben § 3 N. 2, § 6 N. 11.

schliesslich nach rechtsgeschäftlichen Formgrundsätzen richten, denn sie ist kein Rechtsgeschäft. Aber kann man deshalb ausschliesslich Prozesshandlungsformen anwenden, oder soll man mit Rücksicht auf die materielle Wirkung dieser Prozesshandlung rechtsgeschäftliche Formvorschriften mit übernehmen?

Um diese Frage zu entscheiden, muss man auf den Grund der Zivilrechtswirkung zurückgehen. Es ist oben gezeigt worden, dass eine Prozesshandlung eine Zivilrechtswirkung nur haben kann, wenn der Richter gezwungen ist, die dadurch geschaffene Rechtslage seiner Deklaration zugrunde zu legen. Für die Aufhebungserklärungen insbesondere wurde die Zivilrechtswirkung dadurch begründet, dass der Richter bei seiner Urteilsdeklaration davon ausgehen muss, dass das Urteil rechtskräftig wird, dass also auch die Folgen der Rechtskraft eintreten (d. h. dass es sicher ist, dass die Prozesshandlung eine Zivilrechtswirkung hat). Er muss also, da die Wirkung als am Schluss der letzten Tatsachenverhandlung eingetreten behandelt wird (vgl. unten § 12), die durch die Prozesshandlung geschaffene Rechtslage deklarieren, weil sie wahr ist, die Wirkung tatsächlich eingetreten ist.

Die Wirkung tritt ein ex causa der Prozesshandlung. Soll man nun sagen: Diese Prozesshandlung hat materielle Wirkungen und beeinflusst dadurch diese den Richter; und soll man deshalb verlangen, dass die vom bürgerlichen Recht an die Wirksamkeit solcher materiellen Erklärungen gestellten Anforderungen und Formvorschriften erfüllt seien, dass also insbesondere die Erklärung ordnungsmässig zugegangen sei? Nimmt man an, dass dies geschehen ist, so ist in der Tat das Weitere leicht zu erklären. Es ist dann[3]) eine Erklärung abgegeben, die sich von einer rechtsgeschäftlichen nur dadurch unterscheidet, dass sie nicht sofort, sondern nur unter einer bestimmten Voraussetzung wirksam wird. Wenn diese Voraussetzung eintritt, also die Erklärung auf ein rechtskräftiges Urteil

3) Wenn man von der Frage der Vollmacht zunächst absieht.

von Einfluss wird, dann läge von diesem Augenblick, d. h. also von dem Schluss der letzten Tatsachenverhandlung an, ein vollgültiges Rechtsgeschäft vor, das in den Prozess eingeführt, also vom Richter zu berücksichtigen ist.

Wenn man sich dieser Ansicht anschliesst, so vermeidet man eine schwierige Konstruktion und kommt praktisch zu einem Ergebnis, das nicht unannehmbar ist. Die Anforderung an die Form wäre die: Es muss die Erklärung in einer Form abgegeben werden, dass sie sofort wirksam werden könnte, wenn sie nicht eben nur unter einer bestimmten Voraussetzung abgegeben wäre.

4. Dieser Ansicht wird eine andere Konstruktion gegenübergestellt. Man geht davon aus, dass es Prozesshandlungen sind, und folgert, dass der Richter sich nur darum zu bekümmern habe, ob die Erklärung als Prozesshandlung gegenüber dem Gericht ordnungsmässig erfolgt sei. Ist dies der Fall, so habe er sie zu berücksichtigen [4]).

Dass aber diese Auffassung tatsächlich richtig ist, dass für diese Erklärungen ausschliesslich die Formvorschriften über Prozesshandlungen anzuwenden sind, ergibt sich aus folgendem:

Es ist oben (§ 6) gezeigt worden, dass die Aufhebungserklärung im Prozess von einer rechtsgeschäftlichen Erklärung gar nichts an sich hat, sondern reine Prozesshandlung ist. Die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ist auch nicht etwa ein Drittes, das zu den Begriffen „Prozesshandlung“ und „Rechtsgeschäft“ als gleichberechtigt hinzutritt, sondern nur eine Unterart der Prozesshandlung. Es müssen also die Regeln für Prozesshandlungen auch hierfür gelten, falls nicht irgendwelche besonderen Gründe in einzelnen Fällen die Anwendung anderer Regeln verlangen. Das ist ja gerade der Vorteil des Begriffs der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung, dass unbedingte Klarheit über die anzuwendenden Rechtssätze geschaffen wird. Es hiesse den ganzen Erfolg in Frage stellen, wollte man nun doch wieder irgendwelche rechtsgeschäftlichen

4) Hellwig Pr.Hdlg. 30; System I, 432.

Grundsätze anwenden, ein Mittel, zu dem die oben (§ 6 II B) bekämpfte „Zwittertheorie“ greifen muss.

II. Aus diesem Grundsatze ergeben sich ohne weiteres die Antworten auf die einzelnen in diesem Zusammenhang zu stellenden Fragen. Von besonderer Bedeutung sind hier zwei Fälle:

1. die Vertretung bei der Abgabe;
2. die Abgabe im vorbereitenden Schriftsatz.

Diese beiden Fälle sind daher besonders zu behandeln (unten §§ 8—11). Hier ist zunächst noch die Frage zu erörtern, ob der Gegner im Termin anwesend oder vertreten sein muss (wie es wegen der „Empfangsbedürftigkeit“ nach materiellem Rechte nötig wäre) oder nicht.

Es ist oben [5]) ausgeführt worden, dass eine Anwesenheit des Gegners für die Wirksamkeit einer Prozesshandlung nicht erfordert werden kann, sofern nur der Termin gültig war. Ebenso muss es nach der aufgestellten Regel auch für die Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung genügen, dass sie abgegeben wird gegenüber dem Gericht in einem Termin, der zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist, d. h. zur Beschaffung des Prozessstoffes, zur Zusammentragung des Materials für den „Tatbestand“, der schliesslich der Beurteilung des Richters unterliegt. Es kann n i c h t gefordert werden, dass der Gegner, der Erklärungsempfänger, im Termin anwesend ist, denn auch die in seiner Abwesenheit abgegebene Erklärung ist für ihn bestimmt, und es ist seine Sache, von ihr Kenntnis zu nehmen [6]).

§ 8.

Abgabe der Erklärung durch gesetzliche Vertreter.

I. 1. „... die Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) ... bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit

5) § 3 in und zu N. 2.

6) Im Ergebnis ebenso Hellwig, Pr.Hdlg. 30 zu N. 19, 16 zu N. 6; System I, 432. A. M. Rosenberg S. 69. Vgl. auch Stein, ZZP. 41, 428 f.

nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten" (§ 51 ZPO.).

„Eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozessfähigkeit einer Frau wird dadurch, dass sie Ehefrau ist, nicht beschränkt" (§ 52 ZPO.).

Diese Vorschriften im Zusammenhang mit §§ 104 ff. BGB. bestimmen darüber, wann eine Person eines gesetzlichen Vertreters im Prozesse b e d a r f, die grundlegenden Bestimmungen über die W i r k u n g einer solchen gesetzlichen Vertretung geben §§ 164 ff. BGB. Hier handelt es sich zunächst nicht um die Notwendigkeit, sondern um die Wirkung einer gesetzlichen Vertretung, also um den Fall, dass eine Partei, der ein Aufhebungsrecht zusteht, ihren Prozess durch einen gesetzlichen Vertreter führen lässt. Die Frage ist die, ob und unter welchen Voraussetzungen der gesetzliche Vertreter dieses Aufhebungsrecht in diesem Prozess für die Partei geltendmachen kann.

Sedes materiae sind die durch § 51 ZPO. auf das Prozessrecht ausgedehnten (i. v. „die Vertretung") §§ 164 ff. BGB.

2. § 164 BGB. bestimmt nun zunächst für Willenserklärungen, die irgendein zur Vertretung Berechtigter für einen Vertretenen abgibt, dass diese Erklärungen als von dem Vertretenen abgegeben gelten. Ins Prozessrecht übertragen, bedeutet das, dass alle Prozesshandlungen, die der g e s e t z l i c h e Vertreter — denn n u r für diesen werden durch § 51 ZPO. die Vorschriften des BGB. in das Prozessrecht herübergenommen — abgibt, als von dem Vertretenen, also der Partei selbst, abgegeben gelten, unmittelbar für und gegen diese wirken. Partei ist und bleibt der Minderjährige bzw. der Entmündigte, es ist s e i n Prozess, der nur von dem gesetzlichen Vertreter f ü r i h n geführt wird. Der gesetzliche Vertreter hat nicht etwa eine Prozessstandschaft, sondern er prozessiert in fremdem Namen um fremdes Recht, ist also wirklicher V e r t r e t e r.

II. 1. Die gesetzliche Vertretungsmacht umfasst grund-

sätzlich sowohl rechtsgeschäftliche Willenserklärungen wie die Prozessführung. Aus dieser Vertretungsmacht für die Prozessführung ergibt sich das Recht, Prozesshandlungen für den Vertretenen vorzunehmen, und zwar nicht nur generell, sondern ausnahmslos. Und wenn, wie es bei den Aufhebungserklärungen vielfach behauptet wird, die Prozesshandlung gleichzeitig[1]) materielles Rechtsgeschäft ist, so besteht kein Bedenken, die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters auf diese Handlungen auszudehnen; denn die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters umfasst ja auch grundsätzlich sämtliche Rechtsgeschäfte. Es gibt jedoch zwei Ausnahmefälle, bei denen Bedenken obwalten könnten, ob der gesetzliche Vertreter zu Aufhebungserklärungen im Prozess ermächtigt ist.

2. Zunächst kommt der Fall des § 53 ZPO. in Betracht: Eine prozessfähige und geschäftsfähige Partei wird in einem Prozess durch einen Pfleger vertreten. Die Geschäftsfähigkeit wird durch die Pflegschaft nicht berührt, jedoch tritt hier eine Divergenz zwischen Geschäftsfähigkeit und Prozessfähigkeit deshalb ein, weil die durch den Pfleger vertretene Partei als prozessunfähig behandelt wird. Hieraus können sich Schwierigkeiten dann ergeben, wenn der Pfleger nur für eine einzelne Angelegenheit bestellt ist, im übrigen aber die Partei rechtsgeschäftlich nicht zu vertreten hat. Dieser Pfleger darf ausserprozessual kein Aufhebungsrecht seines Pfleglings ausüben; darf er es im Prozess tun?

Diese Frage lässt sich nicht allgemein beantworten. Man muss dabei zunächst beachten, dass eine Aufhebungserklärung im Prozess ja überhaupt nur dann irgendeine materielle Bedeutung haben kann, wenn das aufzuhebende Recht in den Prozess hineingezogen ist. Die Schwierigkeit kann also nur in dem praktisch seltenen, aber theoretisch denkbaren Fall von Bedeutung werden, dass der Pfleger zur Führung eines Prozesses vertretungsberechtigt ist, und dass in diesem Prozess der Gegner angriffs- oder verteidigungsweise ein Recht hineinzieht, das der

1) Vgl. dazu oben § 6 II.

Pfleger nicht vernichten kann, ohne durch diese Aufhebungserklärung gleichzeitig über ein Recht zu verfügen, über das ihm eine rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht nicht zusteht.

Wenn der Fall auch selten[2]) ist, so zeigt er doch deutlich die prinzipielle Seite der Frage, ob nämlich die Befugnis zur Vornahme von Prozesshandlungen „mit beabsichtigter Zivilrechtswirkung“ (vgl. oben § 4 I 3) aus der Befugnis zur Vornahme von Prozesshandlungen (die der Pfleger in einem solchen Falle hat) oder aus der zur Abgabe der entsprechenden materiellen Erklärung (die er nicht hat) zu folgern ist. Dieselbe Frage tritt noch einmal bei der Vollmacht des gewillkürten Prozessvertreters (also des Anwalts) hervor und ist in diesem Zusammenhang ausführlicher zu behandeln. Hier möge das praktische Ergebnis vorweggenommen werden, dass nämlich der Pfleger in diesem Grenzfall die Prozesshandlung vornehmen kann[3]). Zu beachten ist hierbei, dass die Erklärung stets als Prozesshandlung angesehen werden muss und auch nur als solche wirkt, d. h. abhängig von dem Schicksal des Prozesses, dass also der Pfleger niemals eine sog. „Erklärung während des Prozesses“ abgeben darf, weil eine solche stets Rechtsgeschäft und nicht Prozesshandlung wäre.

Weil eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung nicht Rechtsgeschäft, sondern Prozesshandlung ist, deshalb darf sie der nur für den Prozess vertretungsberechtigte Pfleger vornehmen.

3. Ein anderer, in der Praxis häufigerer, Fall ist der, dass im konkreten Fall die der vorzunehmenden Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung entsprechende materielle Erklärung von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgegeben werden darf (§§ 1821 ff., 1643 BGB.).

Beispiel: Der Minderjährige klagt, vertreten durch seinen Vormund, aus einem von diesem mit Genehmigung des Vor-

2) Er wäre denkbar bei dem nach § 1913 BGB. bestellten Pfleger.

3) Stein Bem. III i. f. zu § 53 spricht dies zwar nicht ganz deutlich aus, aber nach dem Zusammenhang muss er diese Frage bejahen, die sonst in der Prozessliteratur nicht behandelt ist.

mundschaftsgerichts geschlossenen Kaufvertrage auf Auflassung eines Grundstücks. Der Vormund will im Prozess diesen Kaufvertrag wegen Täuschung anfechten; während er aber die Klage auf Auflassung für sein Mündel ohne weiteres erheben kann, bedarf er an sich zur Anfechtung dieses Kaufvertrages der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da eine „Verfügung über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist" (vgl. § 1821 Ziff. 2, 4 BGB.), vorliegt.

Wie steht es nun, wenn der Vormund diese Anfechtung als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung erklären will? Hier ist einer der Anwendungsfälle des § 54 ZPO. gegeben. Wenn und weil es sich um eine Prozesshandlung handelt, kann diese unbeschränkt von demjenigen vorgenommen werden, der den Prozess als solchen führen kann. Dieser Grundsatz[4]) liegt der ganzen Lehre von der Prozessvertretung zugrunde. Er wird unten weiter zu würdigen sein; hier handelt es sich zunächst nur um ein einzelnes Anwendungsgebiet; wir werden denselben Grundsatz bei der Prozessstandschaft, der Streitgenossenschaft und vor allem bei der gewillkürten Vertretung wiederfinden.

Hier ergibt sich aus diesem Grundsatz zunächst die Antwort, dass der Vormund in dem erörterten Fall die Anfechtungserklärung auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeben kann, wenn dies als Prozesshandlung erfolgt.

Es steht jedoch hier ebenso wie bei dem Pfleger (oben 2). Diese Erklärung nimmt als Prozesshandlung an den weiteren Schicksalen des Prozesses teil; sie kann nicht als Erklärung „während" des Prozesses abgegeben werden[5]).

4. Der theoretischen Vollständigkeit halber ist auch der

---

4) Wolf, Arch. ZivPr. 88, 182.

5) Die Literatur behandelt hier die Aufhebungsrechte gar nicht. Es finden sich nur Erörterungen über die andere Klasse der Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung (oben § 4). Aus dem Zusammenhang ist jedoch meist zu schliessen, dass die im Text vertretene Ansicht gebilligt wird. Vgl. auch oben in und zu N. 3.

Fall zu berücksichtigen, dass zu der Prozessführung im ganzen eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, aber nicht erteilt war. Es liegt in diesem Falle das Sachurteilshindernis der mangelnden gesetzlichen Vertretung vor. Es muss von Amts wegen Prozessabweisung erfolgen und dadurch werden alle vorgenommenen Prozesshandlungen nach den in § 3 dargestellten Grundsätzen hinfällig. Wird das Sachurteilshindernis übersehen und ein („unrichtiges") Sachurteil gefällt, so unterliegt dies, wenn es rechtskräftig geworden ist, der Anfechtung durch Nichtigkeitsklage (§ 579 Ziff. 4 ZPO.), ist jedoch nicht ipso jure nichtig. Trotzdem aber treten die Zivilrechtswirkungen der von dem Pseudovertreter vorgenommenen Prozesshandlungen nicht ein, da sie ja nicht ein „richtiges" Urteil beeinflusst haben (vgl. oben § 2 zu Note 4 ff.). Welche Wirkung die Wiederaufnahme[6]) auf diese Prozesshandlungen ausübt, wird später zu erörtern sein[7]).

§ 9.

Abgabe der Erklärung durch Prozessbevollmächtigte.

I. Hier ist die Darstellung an dem Punkte angelangt, der lange Zeit der Angelpunkt des ganzen Gebietes war und dessen praktische Wichtigkeit seinerzeit den Anstoss gegeben hat, dass man sich mit dem Problem der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung zu beschäftigen begann[1]). Heute aber ist diese Frage dahin zu verweisen, wohin sie systematisch gehört. Es ist nur eine Konsequenz aus den bei der allgemeinen Untersuchung des Problems gewonnenen Ergebnissen zu ziehen, und so kann diese

6) Vgl. unten § 16.

7) Ähnlich liegt die Frage auch in den Fällen, wo durch Rechtsgeschäft eine allgemeine Vollmacht erteilt ist, z. B. bei der Prokura. Der Prokurist ist kein gesetzlicher Vertreter, aber auch kein blosser Prozessbevollmächtigter, er ist vielmehr nach § 49 HGB. zur selbständigen Prozessführung insoweit berechtigt, als der Betrieb eines Handelsgewerbes sie mit sich bringt. Auch in diesem Falle wird man § 54 ZPO. anwenden können.

1) Vgl. Kohler, ZZP. 20. 1 ff.; 24, 1 ff.

Frage heute verhältnismässig leicht beantwortet werden, während man sich früher den Weg zu einer Lösung durch eine einseitige und aprioristische Betrachtungsweise verbaute.

Es hat daher auch der ganze Streit über den Umfang der Prozessvollmacht bei dieser Auffassung im wesentlichen nur noch historischen Wert und ist von diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Die wirkliche Lösung der Frage und die dafür entscheidenden Gründe ergeben sich von selbst aus dem Wesen der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung und brauchen nur festgestellt zu werden.

II. 1. Mangels einer besonderen Vorschrift dürfen die Sätze des materiellen Rechts hier nicht ohne weiteres in den Prozess herübergenommen werden. Für die gewillkürten Vertreter im Prozess gelten vielmehr in erster Linie §§ 78—89 ZPO.; die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. dürfen nur im Notfalle subsidiär herangezogen werden. Das gilt jedoch nur, soweit es sich wirklich um Prozesshandlungen handelt; wenn ein Prozessbevollmächtigter ausserhalb des Prozesses irgendeine privatrechtliche Erklärung für seinen Mandanten abgibt, greifen die §§ 164 ff. BGB. Platz, insbesondere auch bezüglich der Frage, ob der Vertreter bevollmächtigt war, sowie bezüglich der Folgen einer etwa fehlenden Vertretungsmacht.

2. Unzweifelhaft ist, dass die Prozessvollmacht als solche ausreicht, um den Bevollmächtigten zu allen Prozesshandlungen zu ermächtigen (§ 81 ZPO.)[2]), ebenso

---

2) Hierauf wurde dann auch früher die Berechtigung des Anwalts zur Abgabe von Aufhebungserklärungen gestützt, ohne dass man wegen der an die Erklärung geknüpfte Zivilrechtswirkung Bedenken hatte. So: Crome, II, 303; Skonietzky-Gelpke, § 81 Bem. 7 c; Kiehl, Gruchots Beitr. 45, 763 f.; Weismann, ZZP. 26, 18; v. Seuffert, § 81 Bem. 3.; Petersen (5. Aufl.), § 81 Bem. 6; RG. 50, 426 = Seufferts Arch. 57, 170 = DJZ. 02, 215 = JW. 02, 214; KG., Seuff. A. 56, 173; Kiel, Seuff. A, 56, 220; Dresden, Rsp. 5, 231; Hamburg: Rsp. 1, 77.

Vgl. auch Schollmeyer, § 388 Bem. 2 a; Siméon, II, 396; Oertmann, § 143 Bem. 1 d; § 388 Bem. 1; Raddatz, Sächs. Arch. Bürg.R. 10, 217 ff.; KG., Rsp. 1, 138; 2, 294.. Etwas unklar Müller, Sächs. Arch. Bürg.R. 13, 155 ff.

unzweifelhaft ist es aber auch, dass sie nicht ausreicht für rechtsgeschäftliche Erklärungen, die zwar während, aber ausserhalb des Prozesses abgegeben werden[3]).

Diese Erklärungen „während" des Prozesses sind jedoch hier auszuscheiden, denn die hier zu entscheidende Frage ist lediglich die, ob etwa die Prozessvollmacht des Anwalts (die nach § 81 ZPO. alle Prozesshandlungen umfasst) zu der Aufhebungserklärung im Prozess deshalb nicht ermächtigt, weil es eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ist. Ein solcher Einwand könnte jedoch nur dann Berechtigung haben, wenn gleichzeitig behauptet würde, eine solche Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung sei keine Prozesshandlung mehr. Denn sonst muss unbedingt § 81 ZPO. entgegenstehen, über dessen Auslegung man wohl streiten kann[4]), der aber darüber keine Zweifel lässt, ob er alle Prozesshandlungen umfassen will. Und dass eine Prozesshandlung ihren Charakter als solche dadurch verlieren sollte, dass sie eine Zivilrechtswirkung hat, kann füglich nicht behauptet werden[5]).

---

3) Vgl. dazu Hellwig, Lehrb. 2, 440 f.

4) Diese Zweifel beziehen sich auf die Frage, ob etwa § 81 ZPO. ausser allen Prozesshandlungen auch noch Rechtsgeschäfte umfasst. Dieser Streit ist nur dann von Bedeutung, wenn man die Aufhebungserklärung nicht als Prozesshandlung auffasst. Es wird von einer Seite (RG. 49, 392) die besondere Anführung von Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis als Beweis dafür angesehen, dass auch Rechtsgeschäfte unter die Prozessvollmacht fallen sollen; die Gegenseite (Kuhlenbeck bei Staudinger, § 388 Bem. 1; Wach, ZZP. 27, 11; Hamburg, Rsp. 1, 77) fasst die Anführung dieser Handlungen lediglich als Erläuterung auf und als Widerlegung der Auffassung, als seien diese Handlungen keine Prozesshandlungen. Dieser Streit ist jedoch hier bedeutungslos; denn auch wenn diese Handlungen Rechtsgeschäfte wären — was sie tatsächlich nicht sind —, so wäre aus der Ansicht des Reichsgerichts noch nichts für die Behauptung gewonnen, dass § 81 ZPO. auch noch andere als die ausdrücklich angeführten Rechtsgeschäfte umfassen soll.

5) Auch die Enteignung bleibt ein Akt des öffentlichen Rechts, wenn sie auch Privatrechte begründet (vgl. Kohler, ZZP. 29, 2). Andererseits bleibt ein Mietvertrag stets Privatrechtsakt, wenn auch das öffentliche Recht daran z. B. eine Stempelpflicht knüpft.

Das Ergebnis ist dann ebenso selbstverständlich wie wesentlich: Der Prozessbevollmächtigte kann eine Aufhebungserklärung im Prozess abgeben und dadurch bewirken, dass der Richter eine veränderte Sachlage deklarieren muss. Er kann also auf diese Weise auf die materiellen Rechtsbeziehungen seines Mandanten eine Einwirkung ausüben, die ihm ausserhalb des Prozesses nach materiellem Recht an sich nicht gestattet ist. Dies Ergebnis ist jedoch insofern nicht verwunderlich, als der Anwalt ja ebenso nach klarer Gesetzesvorschrift auch durch Anerkenntnis oder Verzicht ein von der bisherigen Rechtslage abweichendes, sie also abänderndes, rechtskräftiges Urteil herbeiführen kann.

3. Das Ergebnis entspricht auch den Forderungen der Praxis. Man denke an den folgenden Fall: B kauft von A Waren, ohne dass irgendein Ziel vereinbart ist. Ehe er selbst geleistet hat, verklagt A den B auf Zahlung des Kaufpreises; der Anwalt des B erhebt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Bei der Verhandlung über diese Einrede stellt sich heraus, dass sich B beim Abschluss des Kaufes über eine sehr wesentliche Eigenschaft der Ware geirrt hat. Kann hier der Anwalt nicht anfechten, so muss B nach § 322 BGB. zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden, d. h. er muss die Ware, über deren Eigenschaften er im beachtlichen Irrtum war, annehmen und bezahlen. Es ergeben sich sehr grosse Schwierigkeiten für B, wenn er seine Erklärung noch vor dem Schluss der letzten Tatsachenverhandlung ausserhalb des Prozesses anfechten und dann durch seinen Anwalt die erfolgte Anfechtung im Prozess behaupten muss. Diese Schwierigkeiten werden vermieden, wenn der Anwalt die Anfechtung selbst erklären und daraufhin Klagabweisung erreichen kann[6]).

In manchen Fällen — aber wohl kaum in dem soeben betrachteten — wird ja die Partei die Möglichkeit haben, entweder vorher oder mit Hilfe einer Vertagung ihrem Anwalt eine besondere Vollmacht für die Anfechtung zu erteilen. Doch würde auch dies zu grossen theoretischen und vor allem auch

6) Vgl. Schneider, ZZP. 31, 275.

praktischen Schwierigkeiten deshalb führen, weil ja dann der Anwalt des Gegners zur Entgegennahme der Anfechtungserklärung nicht befugt wäre. Zumal sie also nicht stets gegeben ist, kann man diese Aushilfsmöglichkeit nicht als praktisches Argument gegen die oben vertretene, auf der Grundlage der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung beruhende Ansicht verwenden.

4. Diese Ausführungen zeigen wieder denselben Grundsatz: Wer zur Prozessführung im ganzen berechtigt ist, der ist auch befugt, alle einzelnen Prozesshandlungen, also auch eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung, vorzunehmen, und zwar kann, was hier wesentlich ist, diese Befugnis nicht mit Wirkung nach aussen irgendwie beschränkt werden. Es hätte also etwa die Bemerkung in der Vollmacht, dass der Anwalt eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung n i c h t vornehmen dürfe, für den R i c h t e r k e i n e Bedeutung, sondern nur für das Innenverhältnis zwischen Anwalt und Partei.

Besteht so hier für den Umfang der Vertretungsmacht der gleiche Grundsatz wie für den gesetzlichen Vertreter, so ist andererseits auch die gleiche Schranke zu beachten: die Erklärung steht und fällt mit dem Prozess, und der Anwalt hat nicht das Recht, irgendwelche Erklärungen abzugeben, die unabhängig vom Prozess und über diesen hinaus wirken sollen. Wenn er hierzu ermächtigt sein will, so mag er sich besondere Vollmacht geben lassen. Bei dieser besonderen Vollmacht ist jedoch zu beachten, dass wegen des langen Streites über die Frage, ob der Anwalt überhaupt eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung vornehmen dürfe, die meisten Formulare für Anwaltsvollmachten heute eine solche ausdrückliche Bevollmächtigung, insbesondere für Aufrechnungen, enthalten. Es wird daher in jedem einzelnen Fall einer besonderen Prüfung bedürfen, ob die Partei durch die Unterzeichnung einer derartigen Vollmachtsurkunde wirklich auch Vollmacht zur rechtsgeschäftlichen Erklärung erteilen wollte. Angesichts der Veranlassung zur Einführung dieser Formulare wird man im allgemeinen einen dahingehenden Willen der Partei n i c h t präsu-

mieren dürfen, sondern man wird für die rechtsgeschäftliche ausserprozessuale Erklärung dem Erklärungsgegner die sich aus § 180 BGB. ergebenden Befugnisse zubilligen müssen, falls nicht die ausdrückliche Ausdehnung der Vollmacht besonders nachgewiesen wird.

5. Somit dürfte die Frage vom Standpunkt der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung erschöpfend erörtert und befriedigend gelöst sein; man wird nicht daran Anstoss nehmen können, dass die im Prozess erfolgte Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes hinfällig wird, wenn sie das Urteil nicht beeinflusst. Denn einmal ist dies das Schicksal nicht nur der vom Prozessbevollmächtigten abgegebenen Erklärungen, sondern aller Prozesshandlungen, mögen sie Zivilrechtswirkung haben oder nicht; und vor allem ist dem praktischen Bedürfnis so besser gedient, als wenn man dem Prozessbevollmächtigten die Befugnis geben wollte, über den Prozess hinaus seine Partei gegen deren Willen zu vertreten. Die Notwendigkeit der schleunigen Anfechtung, die vom praktischen Gesichtspunkt aus oben (3) angeführt wurde, besteht auch nur dann, wenn diese Anfechtung das Urteil beeinflussen sollte. Wenn kein oder ein von der Anfechtung nicht beeinflusstes (z. B. auf der Versäumnisfolge beruhendes) Sachurteil ergeht, so bedarf es der schleunigen Anfechtung für den Prozess jedenfalls nicht. Ob aber die Anfechtung sonst rechtzeitig erklärt wird, das hängt — abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden 30jährigen Ausschlussfrist — lediglich davon ab, ob der Anfechtungsberechtigte, also die Partei selbst, rechtzeitig nach selbst erlangter Kenntnis vom Anfechtungsgrunde die Anfechtung erklärt. Ausserprozessual hat also die Erklärung jedenfalls Zeit, bis der Berechtigte selbst sein Anfechtungsrecht ausüben kann.

Nachdem die Frage praktisch erledigt ist, möge ein Bericht angeschlossen werden über die verschiedenen Versuche, bei der Lösung der Frage über den Umfang der Anwaltsvollmacht ohne den Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung auszukommen.

III. 1. Unter den Argumenten für die Ausdehnung der Prozessvollmacht auf Aufhebungserklärungen kommt in erster Linie das Moment der Zweckvollmacht in Betracht. Unter den Vertretern dieser Theorie[7]) nehmen eine besondere Stellung Geib und Rosenberg ein, die in der im Prozesse abgegebenen Aufhebungserklärung zwei getrennte Vorgänge sehen, nämlich eine Prozesshandlung und ein Rechtsgeschäft (vgl. oben § 6 II A).

Bei dieser Ansicht ist es selbstverständlich, dass die Prozessvollmacht zu der Prozesshandlung ermächtigt, aber es wird behauptet, dass sie auch die rechtsgeschäftliche Erklärung mit umfasse.

Rosenberg[8]) sieht diesen Gedanken der Zweckvollmacht schon im römischen Recht verwendet, und er beruft sich dafür auf:

l. 56 D. (de proc.) 3,3.

l. 1 § 9 D. (de exerc.) 14,1,

l. 5 §§ 13, 14, l. 11 § 5 D. (de inst.) 14,3.

Selbst wenn man dies zugeben will, so genügt es doch noch nicht, um das Prinzip der Zweckvollmacht auf den modernen Prozess zu übertragen und damit in die Prozessvollmacht eine ganze Reihe von Befugnissen zu legen, die ausserhalb des Prozesses liegen. Und dass ferner der Prozessbevollmächtigte „zur Entgegennahme aller aus Anlass des Prozesses vorgenommenen Handlungen und abgegebenen Erklärungen ermächtigt sein muss", ist ein Postulat, das aus der Zweckvollmacht jedenfalls nicht folgt[9]), sich aber ebensowenig mit Rosenberg daraus ableiten lässt, dass der Anwalt „als Prozessvertreter in jeder Beziehung an Stelle der von ihm vertretenen Partei steht und sie in der Führung des ganzen Prozesses vertritt"[10]).

---

7) v. Seuffert, Bem. 3 zu § 81; RG. 48, 217 ff.; ähnlich auch Str.-Koch, Bem. 2 zu § 81.

8) Stellvertretung S. 793 f.

9) Richtig Schneider, ZZP. 31, 271 N. 1; Biermann S. 194.

10) Rosenberg, S. 795.

Die Ansicht kommt aber auch mit dem Gesetz in Konflikt und führt zu unsicheren Resultaten:

a) Zunächst spricht § 81 ZPO. nur von Prozesshandlungen, und mag man die besondere Ausführung der Worte „Anerkenntnis", „Verzicht" und „Vergleich" auslegen wie man will[11]), in keinem Falle kann man hineinlegen, dass auch andere als die in § 81 aufgeführten Nichtprozesshandlungen von der Prozessvollmacht umfasst sein sollen. Es lässt sich also die Geib-Rosenberg'sche Ansicht mit dem Wortlaut des § 81 nicht in Einklang bringen, aber auch nicht auf die Weise, dass man auf solche Fälle den § 81 analog ausdehnte. Zu einer solchen Analogie sind die Voraussetzungen der beiden Arten von Erklärungen zu verschieden, und es mangelt auch an einem zwingenden praktischen Bedürfnis.

b) Aber selbst wenn man über diese interpretatio contra legem hinwegsehen wollte, etwa weil man sonst eine Ausdehnung der Vollmacht auf Aufhebungserklärungen nicht begründen könnte, so muss doch die bekämpfte Ansicht daran scheitern, dass sie aus sich heraus keinen Anhaltspunkt dafür bietet, wie weit denn nun die Prozessvollmacht auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden soll. Konsequent müssten dann alle Rechtsgeschäfte darunter fallen, die in irgendeiner Weise dazu führen können oder sollen, die Entscheidung in einem dem Mandanten günstigen Sinne zu beeinflussen.

Während Rosenberg sich hierüber nicht ausspricht, übernimmt Geib[12]) vom Reichsgericht, auf das er sich ja im praktischen Ergebnis stützt, das Postulat, dass die Rechtsgeschäfte, um von der Prozessvollmacht umfasst zu werden, im Prozess vorgenommen sein müssen, begeht jedoch dabei den Fehler, dass er aus der von ihm verworfenen theoretischen Konstruktion des Reichsgerichts eine für dieses selbstverständliche Konsequenz herübernimmt in seine Konstruktion, aus der sich die Beschränkung der von der Prozessvollmacht

---

11) Vgl. dazu oben N. 4.

12) S. 184 ff., insbesondere S. 186 zu N. 5.

umfassten Rechtsgeschäfte auf solche, die im Prozess vorgenommen werden, nicht ableiten lässt[13]).

Geib wird also gezwungen, um seine Grundanschauung über das Wesen der Aufhebungserklärungen mit den Anforderungen der Praxis in Einklang zu bringen, eine Behauptung aufzustellen, die sich von seinem Standpunkt aus eigentlich gar nicht vertreten lässt. Das Gezwungene liegt in diesem Übergang von einer Theorie zur andern, nicht, wie Geib behauptet, in der Betrachtung der Aufhebungserklärung als Prozesshandlung, eine Auffassung, die übrigens auch nicht auf dem Bestreben beruht, „mit den Sätzen über die Prozessvollmacht nicht in Kollision zu kommen“[14]), sondern lediglich auf richtiger Betrachtung der Grundlagen. Der Vorwurf der petitio principii, den Geib hier erhebt, kann ihm mit viel grösserer Berechtigung zurückgegeben werden.

Im übrigen ist aber auch die Grundlage, auf der Geib seine Ausführungen aufbaut, nicht zutreffend; denn wenn er zunächst[15]) behauptet, Hellwig habe nunmehr zugegeben, „dass die Prozessvollmacht gemäss § 81 ZPO. auch ermächtigt zur Abgabe und Entgegennahme solcher rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen des materiellen Rechts, die sofort für und wider die Partei wirken, also von der Wirksamkeit der Prozesshandlung unabhängig sein sollen,“ so befindet sich Geib im Irrtum, denn Hellwig sagt unmittelbar nach der von Geib zitierten Stelle (Lehrb. II, 440):

„Wie aber eine Aufrechnung u. dgl., die die Partei selbst ausserhalb der mündlichen Verhandlung erklärt, keine Prozesshandlung ist und daher auch in beliebiger Form geschehen kann, so wäre auch die Ausübung eines Gestaltungsrechtes, die von ihrem Prozessbevollmächtigten ausserhalb der mündlichen Verhandlung versucht würde, keine Prozesshandlung und deshalb als solche unwirksam.

---

13) Vgl. oben § 6 zu N. 14.
14) Was Geib (S. 186 oben) behauptet.
15) S. 184 N. 4.

(Ob sie nach privatrechtlichen Vertretungsgrundsätzen wirksam wäre, ist eine andere Frage.)“

Und (S. 441):

„Zu privatrechtlichen Geschäften ermächtigt die Prozessvollmacht als solche nicht. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Prozessvollmacht als der Vollmacht zur Prozessführung.“

Besonders deutlich aber (I, 242 f.):

„Genügt für seine“ (d. h. des Aufhebungsrechtes), „Ausübung die Abgabe der Willenserklärung, so liegt hierin eine Prozesshandlung, und diese folgt hinsichtlich der Form ihrer Vornahme (so insbesondere auch hinsichtlich der Legitimation zur vertretungsweisen Abgabe und Empfangnahme der Erklärung) durchaus den für Prozesshandlungen geltenden Vorschriften. Als Prozesshandlung ist sie demnach wirksam erst als Erklärung in der mündlichen Verhandlung und sie hat Bedeutung nur insofern, als sie die zu fällende Entscheidung beeinflusst. Sie bleibt demnach ohne Wirkung, wenn der Prozess ohne Entscheidung zur Hauptsache endigt.“

Aus diesen Stellen ergibt sich, dass Geib die Ausführungen Hellwigs völlig missverstanden hat, dass dieser vielmehr gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht, als Geib aus der von ihm herangezogenen Stelle herausgelesen hat.

Das ist eben der springende Punkt, dass nach der im Text vertretenen, von Hellwig gebilligten, von Geib aber bekämpften Ansicht die Prozessvollmacht nur dann und insoweit zu Aufhebungserklärungen ermächtigt, als diese als Prozesshandlung erfolgen, also mit dem rechtskräftigen Sachurteil stehen und fallen[16]).

Es muss also der Geib'sche Versuch, die Frage der Prozessvollmacht von dem Begriff der Prozesshandlung zu trennen, als gescheitert betrachtet werden. Auf die Stellung des Reichsgerichts wird später einzugehen sein.

---

16) So auch Kohler, ZZP. 29, 1 ff.; Langheineken, S. 129.

Die Heranziehung des Zweckgedankens zur Lösung der Vollmachtsfrage, der bei andern Schriftstellern in der Form einer „Prozessprokura“[17]) auftritt, beruht ja allerdings auf dem richtigen Gedanken, der oben näher ausgeführt wurde[18]), dass wer den Prozess im ganzen führen kann, auch zur Vornahme jeder einzelnen Prozesshandlung berechtigt sein muss. Aber aus diesem richtigen Gedanken wird von der bekämpften Ansicht eine zu weitgehende und deshalb unrichtige Konsequenz gezogen. Man übersieht, dass auch eine wirkliche „Prozessprokura“ nur für Prozesshandlungen gelten kann, niemals aber für Rechtsgeschäfte, dass also der „Prozessprokurist“ eine Aufhebungserklärung auch nur dann abgeben könnte, wenn sie eine Prozesshandlung ist; aber gerade das wird ja von der bekämpften Ansicht behauptet, dass eine solche Erklärung keine Prozesshandlung, sondern Rechtsgeschäft sei. Bei dieser Grundanschauung ist der aus dem angeführten richtigen Satze gezogene Schluss fehlerhaft; bei der richtigen Grundanschauung bedarf man nicht erst der Konstruktion einer Prozessprokura oder überhaupt des Gedankens der Zweckvollmacht, um den dann selbstverständlichen Schluss, dass die Prozessvollmacht die Aufhebungserklärung dann umfasst, wenn es Prozesshandlungen sind, zu rechtfertigen.

Das wichtigste Argument gegen den Gedanken der Zweckvollmacht bleibt indessen, dass man daraus immer nur die Ermächtigung zur Abgabe, niemals aber zur Entgegennahme der Aufhebungserklärung ableiten kann[19]).

2. Bevor auf die bis vor ganz kurzer Zeit herrschende Ansicht eingegangen werden soll, sind noch einige sonstige Argumente anzuführen, mit denen man die Ausdehnung der Prozessvollmacht auf Handlungen rechtfertigen wollte, die man nicht als Prozesshandlungen ansah:

a) Dernburg[20]) folgert aus der Ausdehnung der Voll-

17) Brettner, DJZ. 3, 343.
18) Vgl. oben § 8 zu N. 4.
19) Vgl. oben zu N. 9.
20) Bürg. R. II, 1 S. 350, § 126 III, vgl. auch Bunsen, ZZP. 26, 294.

macht auf Widerklage, Verzicht usw., dass die Partei die Vollmacht auch auf die Aufrechnung ausdehnen wollte. Abgesehen davon, dass dies nicht ausreicht, um die Ausdehnung der Vollmacht auf die Entgegennahme dieser Erklärung zu rechtfertigen, übersieht Dernburg, dass mit ganz wenigen Ausnahmen ein nicht ausgedrückter Wille unbeachtlich ist. Es würde eine solche Präsumption auch zu unerfreulichen Ergebnissen führen; denn, wenn man den gesetzlichen Umfang der Prozessvollmacht so weit fasst, so könnte auch ein ausdrücklich entgegenstehender Wille des Mandanten es gegebenenfalls nicht verhindern, dass der Anwalt ihn durch derartige rechtsgeschäftliche Erklärungen über den Prozess hinaus bände, und es würde nach der Vorschrift des § 83 ZPO. auch der in der Vollmachtsurkunde ausgedrückte Wille des Mandanten nicht in Betracht kommen. Aus diesen Gründen wird man mit dem Willensmoment hier ebensowenig arbeiten dürfen, wie mit dem Zweckmoment.

b) Hellmann[21]) meint, wenn der Anwalt wegen der aufzurechnenden Gegenforderung Widerklage erheben, dann bezüglich dieser einen Klagverzicht erklären und so die Gegenforderung ohne Äquivalent vernichten könne, so folge daraus per argumentum a majore ad minus, dass der Anwalt auch berechtigt sein müsse, diese Gegenforderung mit Äquivalent, also durch Aufrechnung zu vernichten. Dieser an sich nicht unrichtige Gedanke passt jedoch hier deshalb nicht, weil die Erklärung der Aufrechnung nur dann wirklich ein minus sein kann, wenn sie Prozesshandlung ist, sonst ist sie ein plus oder doch wenigstens ein aliud.

c) Ausschliesslich Zweckmässigkeitsgründe werden vorgebracht von Wach und Eccius. Während Eccius[22])

Vgl. dazu Petzold, Gruchots Beitr. 44, 853. Auch Goldmann-Lilienthal, § 113 Note 4, kommen dieser Ansicht nahe.

21) KrVJSchr. 41, 246 ff.

22) Gruchots Beitr. 42, 253; vgl. auch Weigelin, S. 157 f.

meint, man müsse die Ausdehnung der Vollmacht in das Gesetz hineininterpretieren oder aber sich mit dem Übelstand abfinden, dass eben der Anwalt ohne besondere Vollmacht eine Aufhebungserklärung nicht abgeben könne, zieht Wach[23]) eine Parallele zwischen Anwaltszwang und Prozessvollmacht; diese müsse ebensoweit reichen wie der Anwaltszwang, da dieser sonst „bis zur Unhaltbarkeit durchbrochen würde".

So richtig diese beiden Postulate sind, so bleiben es doch so lange blosse Postulate, als nicht aus ihnen irgendwelche zwingenden Gründe zu entnehmen sind dafür, dass wirklich ohne Erfüllung dieser Postulate die Rechtsordnung unbrauchbar sei, deshalb also entweder geändert werden müsse oder durch interpretatio sine lege (oder auch contra legem) mit diesen Postulaten in Einklang zu bringen sei. Eine solche Bedeutung dürften aber weder Eccius noch Wach den angeführten Postulaten beilegen, die übrigens von der oben (II) vertretenen Ansicht erfüllt werden.

3. Die nun zu erörternde, vielfach als „herrschend" bezeichnete Ansicht wird in erster Linie vom Reichsgericht[24]) und im Anschluss daran von Stein[25]) vertreten. Diese Ansicht beruht auf der oben (§ 6 II, B) erörterten angeblichen „Doppelnatur" der Aufhebungserklärung im Prozess. Diese Auffassung muss es natürlich bei der völligen Unabhängigkeit der beiden Naturen für möglich halten, dass die Erklärung als Prozesshandlung wirksam ist, als Rechtsgeschäft aber nicht, und umgekehrt[26]). Hier entsteht die schwierige Frage: Soll die Prozessvollmacht das Rechtsgeschäft auch dann decken, wenn wegen Unwirksamkeit der Prozesshandlung die eine der beiden „Naturen" der Erklärung fehlt? Die Frage wird vom Reichs-

23) ZZP. 27, 17.

24) RG. 48, 218 = SeuffA. 56, 218 = JW. 01, 493; RG. 50, 138; vor allem RG. 63, 411 = JW. 06, 565, wo die Auffassung des RG. zu allen Konsequenzen durchgeführt ist.

25) Bem. VI vor § 128 ZPO. Auch Förster-Kann, Bem. 3 vor § 128 ZPO.

26) Vgl. dazu oben § 6 zu N. 25 ff.

gericht schlankweg bejaht[27]), leider ohne jegliche Begründung, und gerade hier liegt der wunde Punkt dieser ganzen Theorie. Denn wenn man selbst zugibt, dass ein Rechtsgeschäft dann von der Prozessvollmacht umfasst werde, wenn es mit einer wirksamen Prozesshandlung in derselben Erklärung enthalten sei — dies ist offenbar der Ausgangspunkt der bekämpften Ansicht —, so kann man dies doch nicht auf den Fall ausdehnen, dass die Prozesshandlung zwar auch in der Erklärung enthalten sein sollte, aber entweder nicht ordnungsmässig abgegeben war, oder wirkungslos geblieben ist. Nach der Ansicht des Reichsgerichts muss letzten Endes der Anwalt befugt sein, ohne Beobachtung der für die Prozesshandlung vorgeschriebenen Form für seinen Mandanten Erklärungen abzugeben, die ohne Rücksicht auf den weiteren Verlauf des Prozesses eine rechtsgeschäftliche Wirksamkeit haben! Beweis?

4. Betrachtet man alle die hier angeführten Gründe, so gewinnt man den Gesamteindruck, dass die Ausdehnung der Prozessvollmacht eine dringende Notwendigkeit ist, dass man aber doch ohne den Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung zwar eine ganze Reihe sehr beachtlicher Gründe für die Ausdehnung anführen kann, diese jedoch weder im einzelnen noch auch in ihrer Gesamtheit die Ausdehnung restlos rechtfertigen können. Aus diesem Grunde lässt sich nichts dagegen einwenden, wenn von solchen Schriftstellern, die den Begriff der Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung nicht anerkennen[28]), behauptet wird, die Prozessvollmacht umfasse derartige Aufhebungserklärungen gar nicht. Man kann die Prozessvollmacht jedenfalls dann nicht auf diese Erklärungen aus-

---

27) RG. 63, 411 ff. Dieser Gedankengang des RG. hat auch Geib zur Aufstellung seiner Deduktionen verleitet. Vgl. oben zu N. 12.

28) Auerbach, JW. 99, 694; Berolzheimer, JW. 99, 649; Förtsch, Sächs. Arch. Bürg.R. 7, 401 ff.; Könnemann, PosMS. 3, 34; Otto, Sächs. Arch. Bürg.R. 8, 729; Petersen, (4. Aufl.) I, Bem. 6 zu § 81; Petzold, Gruchots Beitr. 44, 845 ff. Gegen diese Ansicht insbesondere Fitting S. 1 ff.; Raddatz, Sächs. Arch. Bürg.R. 10, 217 ff.; Riezler, Bem. 1 zu § 143; neuerdings auch Petersen (5. Aufl.), Bem. 6 zu § 81.

dehnen, wenn man sie als Rechtsgeschäfte auffasst. Dagegen ist es natürlich belanglos, ob es Prozesshandlungen mit oder ohne Zivilrechtswirkung sind. Der Idee nach ist aber die Aufhebungserklärung jedenfalls nicht eine Prozesshandlung ohne Zivilrechtswirkung. Man kann also tatsächlich zu einer befriedigenden Lösung des Problems der Prozessvollmacht nur dann kommen, wenn man die Erklärung als Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ansieht.

5. Da die Prozessvollmacht sich nur deshalb auf die Aufhebungserklärungen erstreckt, weil es Prozesshandlungen sind, so erhellt daraus, dass andererseits alle vom Anwalt abgegebenen derartigen Erklärungen hinfällig werden, wenn sie als Prozesshandlung bedeutungslos, d. h. ohne Einfluss auf ein rechtskräftiges Sachurteil bleiben.

IV. Schliesslich noch ein Wort über die „Beistände". Diese haben insofern eine von den Prozessbevollmächtigten wesentlich abweichende Stellung, als sie nicht Vertreter der Partei sind, sondern nur neben der Partei auftreten können, natürlich nur im Parteiprozess. Hier haben sie unbeschränkt das Recht, in Anwesenheit der Partei „vorzutragen". Sie können in diesem Umfange auch Aufhebungserklärungen für die Partei abgeben (aber nicht entgegennehmen) —, doch kann die Partei ebenso unbeschränkt jede Prozesshandlung selbst vornehmen, ja sie kann sogar jeder Erklärung des Beistandes sofort widersprechen, wodurch diese Erklärung hinfällig wird.

Die Vertretungsmacht des Beistandes beruht also, soweit überhaupt von einer solchen gesprochen werden kann, auf der in jedem einzelnen Falle ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Zustimmung der Partei. Wegen dieser Einengung der „Vertretungsmacht" besteht kein Bedenken, dem Beistand, der ja ohne die Zustimmung der Partei gar nichts tun darf, das Recht zu geben, mit dieser Zustimmung jegliche Erklärung abzugeben, die irgendwie mit dem Prozess zusammenhängt, also nicht nur jede Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung mit Wirkung für und gegen die Partei vorzunehmen, sondern auch

Rechtsgeschäfte, soweit sie gelegentlich des Prozesses vorgenommen werden können.

Der Beistand ist gerade im Gegensatz zum Prozessbevollmächtigten kein genereller Vertreter der Partei im Prozess, kein „Prozessprokurist", sondern nur Bevollmächtigter für jede einzelne Handlung, die er im Einverständnis mit der Partei vornimmt, und es können die für die Prozessvollmacht entwickelten Grundsätze weder nach der einen noch der andern Seite hin Anwendung finden.

§ 10.

Andere Fälle der „Vertretung".

I.

Der Fall der Prozessstandschaft [1]).

1. Der wesentliche Unterschied der Prozessstandschaft gegenüber der eben erörterten Prozessvollmacht liegt darin, dass der Prozess „um fremdes Recht", um den es sich in beiden Fällen handelt, vom Prozessbevollmächtigten kraft Auftrages und im fremden Namen, im Falle der Prozessstandschaft aber im eigenen Namen und kraft eigenen Rechtes geführt wird, so dass hier die Partei nicht identisch ist mit demjenigen, dem das streitige Recht angeblich zusteht.

Es ist hier nicht der Ort, den inneren Grund und die einzelnen Fälle der Prozessstandschaft zu erörtern; unstreitig ist jedenfalls, dass eine Prozessstandschaft dann vorliegt, wenn der Ehemann um eingebrachtes Gut der Frau prozessiert (§ 1380 BGB.) [2]). Dieser Fall möge als typisch der folgenden Betrachtung zugrunde gelegt werden, und zwar soll es sich in dem Prozesse um ein Recht handeln, über das der Mann nach

1) Hellwig, Lehrb. I §§ 49, 50; II S. 307; System I, 166 ff.; Stein, Bem. I, 1 vor § 50.

2) Anders als bei der gesetzlichen Vertretung ist hier der Ehemann Partei.

bürgerlichem Recht ohne Zustimmung der Frau nicht[3]) verfügen kann (§ 1375 BGB.).

2. Die hier zu behandelnde Frage ist die, ob der Mann in diesem Prozesse ein Aufhebungsrecht ausüben kann, das sich gegen ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht der Frau richtet.

Die Prozessstandschaft gilt nur für Aktivprozesse[4]); auch eine Widerklage ist nach richtiger[5]) Ansicht gegen den Mann nicht zulässig. Daher kommen Aufhebungserklärungen in der Beklagtenrolle hier gar nicht in Frage, sondern nur solche, die in der Klage oder als Replik abgegeben werden. Ferner kann sich eine Aufhebungserklärung nur dann auch gegen ein der erklärenden Partei selbst zustehendes Recht kehren, wenn es sich um gegenseitige Verträge handelt, die durch die Aufhebungserklärung vernichtet werden sollen.

Beispiel: Der Mann klagt eine dem eingebrachten Gute zustehende Darlehensforderung ein; der Beklagte rechnet auf mit einer Forderung aus einem Kaufvertrage, der die Frau zur Vorleistung verpflichtet. Wenn nun der Mann, um den Anspruch des Beklagten zu vernichten, den Kaufvertrag anficht, so hat das unbedingt zur Folge, dass auch der Anspruch der Frau auf Lieferung der gekauften Ware vernichtet wird, also ein Recht, das zum eingebrachten Gut gehört, und über das der Mann nicht ohne Zustimmung der Frau verfügen kann[6]).

Nach der Stellung des § 54 ZPO. wird man diesen hier nicht unmittelbar anwenden können[7]). Der Grundsatz, dass

3) Das Verfügungsrecht des Mannes ist auf die Fälle des § 1376 BGB. beschränkt, und hier kommt eine aktive Prozessführung nur in dem Falle der Z. 1 in Frage. Es handelt sich nur um Herausgabeansprüche bezüglich verbrauchbarer Sachen, Ansprüche, bei denen eine Aufhebungserklärung nicht denkbar ist (wohl aber ein Klagverzicht). Ansprüche auf Lieferung von Geld oder verbrauchbaren Sachen fallen niemals unter § 1376 Z. 1.

4) Hellwig System I, 167; Lehrb. I, 330.

5) Binder a. a. O. S. 115; Staudinger-Engelmann § 1380, 2, b.

6) Darüber, dass der gegenseitige Vertrag ganz vernichtet wird, und über andere damit zusammenhängende Fragen vgl. oben § 5 N. 5 ff.

7) Richtig Stein, § 54 Bem. I; Binder a. a. O. S. 128.

die Befugnis zur Prozessführung im ganzen auch die zur Vornahme jeder einzelnen Prozesshandlung umfasst, muss jedoch auch hier Anwendung finden[8]). Indessen wirkt in diesem Falle nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1380[2] BGB.) weder die Rechtskraft noch die Prozessführung überhaupt gegen die Frau[9]), ihre Rechtsbeziehungen werden durch den Prozess in keiner Richtung beeinflusst, d. h. also, für ihre Stellung zum Gegner ist die Abgabe der Aufhebungserklärung ebenso unerheblich wie die ganze Prozessführung des Mannes überhaupt, sie kann das durch dessen Anfechtungserklärung „vernichtete" Recht, nämlich ihren Kaufanspruch, ebenso geltend machen, wie sie ihre Darlehensforderung etwa geltend machen könnte, wenn der Mann mit seiner Klage abgewiesen war. Der Gegner kann gegen sie aus der eingetretenen „Nichtigkeit" des Kaufvertrages keinerlei Rechte herleiten.

3. Es tritt sonach eine beschränkte Wirksamkeit der von dem Manne abgegebenen Aufhebungserklärungen ein[10]). Die Folge ist, dass z. B. bei einer verzinslichen Forderung der Mann weiterhin weder die Forderung selbst im eigenen Namen[11]) noch auch die Zinsen einklagen kann. Der Zinsanspruch, der dem Manne zusteht, erlischt in dem Augenblick, wo er die Hauptforderung mit Wirkung gegen sich zum Erlöschen bringt; die Hauptforderung selbst gehört zwar weiter zum eingebrachten Gut, aber infolge der Verfügung des Mannes werden die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Schuldner so, als ob die Hauptforderung erloschen wäre.

Diese beschränkte Wirksamkeit hat durchaus nichts Unge-

8) Vgl. Hellwig, Rkr. 155 f.; Lehrb. I, 323; und oben § 8 zu N. 4. Hellwig, Lehrb. I, 319 (zu N. 15) und 324 (N. 28) will allerdings die Aufrechnung usw. dann nicht zulassen, wenn der Mann nicht berechtigt ist, über das aufzuhebende Recht zu verfügen. Er übersieht dabei jedoch, dass auch ausserprozessual der Mann über derartige Rechte verfügen kann mit der Massgabe, dass die Verfügung ihm gegenüber wirksam, der Frau gegenüber unwirksam ist. Vgl. darüber § 135 BGB. und unten 3.

9) Vgl. Hellwig, Lehrb. I, 324 f.; System I, 171, N. 20; S. 443, N. 26.

10) Planck, § 1380, 1; RGR. Komm. § 1380, 7 a.

11) Als Vertreter der Frau kann er es.

wöhnliches. Wenn der Mann eine verzinsliche Forderung des eingebrachten Gutes einklagt und die Klage abgewiesen wird [12]), so ist die Rechtslage die gleiche: die Frau kann die Hauptforderung weiter geltend machen, die Zinsforderung des Mannes erlischt, auch kann er die Hauptforderung nicht im eigenen Namen geltend machen. In diesem Falle handelt es sich um unmittelbare Wirkungen der Rechtskraft: sie bewirkt, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Mann und dem Gegner so werden, wie sie schon vorher gewesen wären, wenn das Urteil mit der früheren Rechtslage übereinstimmte.

Dasselbe Ergebnis kann auch ganz ohne jeden Prozess dadurch herbeigeführt werden, dass der Mann eine Forderung der Frau ohne deren Zustimmung dem Schuldner erlässt oder dass er mit ihm einen negativen Anerkenntnisvertrag abschliesst (§ 397 II BGB.) [12a]). Ein solcher Vertrag ist nicht nichtig, sondern nur der Frau gegenüber unwirksam. Würde es sich um eine zum Vorbehaltsgut gehörende Forderung handeln, so würde in allen diesen Fällen auch die Zinsforderung nicht erlöschen, da sie ja der Frau zustünde.

Es ist also die beschränkte Wirksamkeit einer derartigen Aufhebungserklärung des Mannes im Grunde nur eine Folgerung aus dem Grundsatz der relativen Unwirksamkeit, den § 135 BGB. für die Fälle des relativen Verfügungsverbots aufstellt. Es besteht keine Veranlassung, dem Manne deshalb etwa das Recht zu nehmen, mit Wirkung für sich und für seinen Prozess Aufhebungsrechte auszuüben, die sich gegen solche Rechte des eingebrachten Gutes richten, die seiner freien Verfügungsmacht nicht unterliegen.

4. Wenn die Frau einem solchen Prozess über ein nicht der Verfügung des Mannes unterliegendes Recht ihre Zustimmung gibt, so genehmigt sie damit alle Verfügungen, die der Mann im Prozesse trifft und getroffen hat. Sie kann allerdings auch auf diesem Wege n i c h t erreichen, dass das Urteil für und

12) Etwa weil der Beweis für ihr Entstehen nicht geführt ist.

12a) Vgl. darüber auch Heinsheimer, Bürg. Gesetzb. II, 86.

gegen sie Rechtskraft erlangt[13]), denn die Vorschrift des § 1380 [2] BGB. darf keinesfalls ausdehnend ausgelegt werden. In einem solchen Falle hätte die Frau ja allerdings die Möglichkeit, dem Manne Vollmacht zur Führung des Prozesses in ihrem eigenen Namen zu geben[14]).

II.

Der Fall der Streitgenossenschaft.[15])

1. Die gewöhnlichen Fälle der Streitgenossenschaft bieten keine Besonderheit. Jeder einzelne Streitgenosse kann für sich ein ihm zustehendes Aufhebungsrecht ausüben, er kann überhaupt über s e i n e n Prozess, der von den anderen völlig unabhängig ist, in jeder Weise frei disponieren (§ 61 ZPO.). Die Aufhebungserklärung, die ein Streitgenosse abgibt, berührt die Prozesse der anderen in keiner Weise, und irgendwelche Besonderheit bietet überhaupt nur der Fall, dass ein Aufhebungsrecht nur mehreren Streitgenossen gemeinsam zusteht[16]).

Aus einer solchen Notwendigkeit gemeinsamer Ausübung ergeben sich indes nur Konsequenzen, die mit der für uns im Vordergrund stehenden Frage, ob ein Streitgenosse ein Aufhebungsrecht f ü r einen anderen ausüben kann, nichts zu tun haben.

. Da eine Prozesshandlung nur von einer Partei oder doch in deren Namen vorgenommen werden kann, so ist es selbst-

13) So die herrschende Meinung: Staudinger-Engelmann, § 1380, 6; Planck, § 1380, 7; Herr, Iherings J. 46, 260 ff.; OLG. Breslau, Recht 1907, S. 1406, Nr. 3524; KG., Rsp. 21, 219 ff.

A. M. Hellwig, Anspr. S. 307 ff.; Rkr. S. 511; Wolff, Familienrecht 186; auch RG. 77, 34.

14) Diese Ausführungen über die Prozessstandschaft machen nicht den Anspruch, das Problem erschöpfend zu behandeln. Dies muss einer besonderen Untersuchung vorbehalten bleiben, die sich mit der Prozessstandschaft ex professo zu befassen haben wird.

15) Es sei gestattet, auf die Frage der Streitgenossenschaft hier nur insoweit einzugehen, als sie für das behandelte Problem von Bedeutung ist. Im übrigen vgl. Hellwig, Lehrb. §§ 156 ff.; Syst. I, 336 ff.

16) Z. B. ein Wandelungsrecht mehrerer Käufer oder, noch genauer, ein Aufrechnungsrecht einer Gesellschaft i. S. der §§ 705 ff. BGB., deren Mitglieder verklagt sind.

verständlich, dass eine gemeinsame Vornahme der Prozesshandlung nur dann möglich ist, wenn alle diejenigen, deren Mitwirkung zur Ausübung des Aufhebungsrechtes notwendig ist, auch Parteien, also Streitgenossen, sind [17]).

2. Anders liegt es bei derjenigen Streitgenossenschaft, die man sich gewöhnt hat, „besondere Streitgenossenschaft" zu nennen, und die lediglich [18]) das gemeinsame Merkmal hat, dass im Falle der Versäumung einer Frist oder eines Termines die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden (§ 62 ZPO.). Im übrigen gehören hierher zwei ganz verschiedene Fälle, nämlich:

a) der der sog. „notwendigen" Streitgenossenschaft. Das Merkmal ist hier, dass das Recht, den Prozess zu führen (im eigenen oder fremden Namen, also nicht mit der Aktiv- oder Passivlegitimation zu verwechseln), nur den mehreren Streitgenossen gemeinsam zusteht.

b) Der Fall, dass „das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann" [19]).

Von diesen beiden Fällen hat der der notwendigen

---

17) Beispiel: K hat eine Forderung gegen eine aus A, B, C und D bestehende Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB.; dieser Gesellschaft steht gegen ihn eine Gegenforderung zu, die nach § 719 BGB. nur von allen gemeinsam zur Aufrechnung gebracht werden kann. Wenn nun K alle Gesellschafter als (gewöhnliche) Streitgenossen verklagt, so können diese im Prozess mit ihrer Gegenforderung aufrechnen, und die Aufrechnungserklärung erlangt Zivilrechtswirkung, wenn sie gegenüber allen Gesellschaftern ein rechtskräftiges Urteil beeinflusst.

Wenn dagegen K nur gegen einen Teil der Gesellschafter klagt, so haben diese nicht die Möglichkeit, mit Wirksamkeit für die Gesellschaft deren Forderung aufzurechnen. Sie können (im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft) auch nicht den K auf die Aufrechnung verweisen; es besteht nur die eine Möglichkeit, dass alle Gesellschafter ausserprozessual die Aufrechnung erklären und dass dann die verklagten Gesellschafter im Prozess das Erlöschen der Klagforderung einwenden.

18) Abgesehen von der hier nicht interessierenden Frage des Eidesbeweises.

19) Nach richtiger Ansicht gehören hierher lediglich die Fälle der Rechtskrafterstreckung; vgl. insbesondere Hellwig, System I, 347.

Streitgenossenschaft die Besonderheit, dass der einzelne Streitgenosse in seiner Disposition über den gemeinsamen Prozess gehindert und von den andern Streitgenossen abhängig ist, dass er also insbesondere nicht selbständig Rechtsmittel einlegen kann. Im ganzen aber steht es, wenn alle Streitgenossen im Termin anwesend sind, mit der Geltendmachung von Aufhebungsrechten hier nicht anders, als bei der gewöhnlichen Streitgenossenschaft[20]). Auf Einzelheiten, deren Entscheidung von der Auffassung der Streitgenossenschaft abhängt, soll hier nicht näher eingegangen werden[21]).

3. Das wesentlich Besondere, das § 62 ZPO. hier hereinbringt, ist jedoch die „Vertretung" im Falle der Säumigkeit. Von allen den Fragen, die hieran geknüpft werden, interessiert uns lediglich eine einzige: Kann der nichtsäumige Streitgenosse auch eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung vornehmen, die gegenüber dem säumigen Streitgenossen Wirkung hat?

Es ist nicht möglich, die ausgebreitete Streitfrage nach dem Inhalt dieser Vertretung hier zu erörtern; deshalb möge es gestattet sein, als bewiesen zu unterstellen, dass es sich weder lediglich um eine Verhinderung des Versäumnisurteils[22]) gegen den säumigen Streitgenossen, noch auch um eine nur fingierte Vertretung[23]) handelt, sondern dass in dem fraglichen Termin die erschienenen Streitgenossen wirkliche Vertreter der Säumigen sind[24]). Diese Regelung muss zunächst aus verschiedenen Gründen de lege lata als richtig betrachtet werden, sie rechtfertigt sich aber auch de lege ferenda. Der Zweck des § 62 ZPO. ist einmal natürlich die Verhinderung

20) D. h. den Fällen, wo die Streitgenossen gemeinsam klagen und verklagt werden können (§§ 59—61 ZPO.).

21) Vgl. dazu Hellwig, Lehrb. III, 1 S. 152 ff. insbesondere S. 161; System I, 342 ff.

22) Z. B. v. Seuffert, N. 3b zu § 62.

23) Z. B. Hellwig, System I, 345; Lehrb. III, 1, S. 170.

24) So auch Stein, N. 54 zu § 62, mit unberechtigter Berufung auf Hellwig. Lehrb. III, 1, S. 170.

widersprechender Urteile über dieselbe Sache[27]) — deshalb kann kein Versäumnisurteil ergehen —, dann aber auch die Verschleppung dieser Verhandlung des Prozesses durch wiederholtes Nichterscheinen. Dieser Zweck kann aber gar nicht anders erreicht werden als dadurch, dass eben in Abwesenheit [illegible] muss dann dieser in dem Termin vertreten werden. Aus dem gleichen Grunde muss aber der Umfang dieser Vertretung so [illegible] sein, als es angängig und für den konkreten Fall notwendig ist, sie muss also alle Prozesshandlungen umfassen, die in diesem Termin vorgenommen werden. Gerade daraus, dass § 472 ZPO. für den Parteieid besondere Vorschriften gibt, die hierfür die Vertretung ausschliessen, lässt sich folgern, dass also übrigen Prozesshandlungen grundsätzlich von der Vertretungsmacht der nichtsäumigen Streitgenossen umfasst werden. Die erschienenen Streitgenossen haben für die Säumigen eine Art generelle Vertretungsmacht für den ganzen Prozess, die nur zeitlich, nicht aber inhaltlich beschränkt ist. Auch hier gilt wieder der Satz: Wer den Prozess im ganzen führen kann, der kann auch jede einzelne Prozesshandlung vornehmen.

Es ist demnach die erschienenen Streitgenossen auch die Befugnis, für die Säumigen eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung vorzunehmen, insbesondere auch in der Form der Prozesshandlung Aufhebungsrechte auszuüben[28]).

III.

Der Fall der Rechtsnachfolge.

Da es sich auch hierbei wieder um eine einzelne Frage handelt, so ist auf Streitfragen, die die Rechtsnachfolge im Prozess im allgemeinen betreffen, hier nicht einzugehen. Es ist nur der Grundsatz des § 265 ZPO. festzustellen, dass nach der

27) Dieser Zweck wird in der Tat allerdings nur unvollkommen erreicht.

28) Vgl. Hellwig I. cit. III. 1 S. 165. N. 65. Contra: Seuffert I. 345, N. 17; a. M. wohl Stein, N. 58 und 62 zu § 62.

Klagerhebung eine materiell wirksame Rechtsnachfolge in den Streitgegenstand auf den Prozess ohne Einfluss bleibt; der nicht mehr Berechtigte kann und muss grundsätzlich Prozesspartei bleiben. Das hat eine Divergenz von Prozess- und Privatrecht zur Folge, da im Prozess ein von dem materiell Berechtigten verschiedenes Rechtssubjekt als berechtigt auftritt.

Die Prozessführung dieses ehemals Berechtigten ist für den Fall, dass dieser nicht „gutgläubig" war, mit Wirkung für die Rechtslage des neuen Berechtigten ausgestattet (§ 325 f. ZPO.).

Daraus ergibt sich, dass der Prozessführer im Falle des „bösen Glaubens" alle Prozesshandlungen, die er vornimmt, mit Wirksamkeit für und gegen seinen Rechtsnachfolger vornimmt. Die Frage kann hier nicht anders liegen als bei der Prozessvollmacht, der Streitgenossenschaft usw.[27]). Eine Anfechtungserklärung gegen eine während des Prozesses abgetretene Forderung kann mit voller Wirksamkeit auch gegenüber dem Kläger (Zedenten) erklärt werden, sofern sie Prozesshandlung ist. War negative Feststellungsklage über das Bestehen einer Forderung erhoben, so kann der Kläger durch Erklärung an den Beklagten anfechten, auch wenn dieser seine angebliche Forderung inzwischen abgetreten hatte[28]).

IV.

Der Fall der Pseudovertretung.

Dieser Fall, der sehr häufig völlige Unwirksamkeit der Erklärung zur Folge hat, wird richtiger an anderer Stelle, bei den Gründen der Unwirksamkeit (unten § 13) erörtert. Es ist daher an dieser Stelle von weiteren Ausführungen abzusehen.

---

27) Übereinstimmend Kohler, ZZP. 29, 29; Schneider, ZZP. 31, 279; Stein, § 265 Bem. IV, 1. Auch Hellwig muss konsequent dieser Auffassung zustimmen.

28) War der Rechtsnachfolger „gutgläubig", so wirkt der Prozess weder im ganzen, noch im einzelnen gegen ihn, der Fall liegt demnach ebenso, wie bei dem Prozess, den der Mann ohne Berechtigung über eingebrachtes Gut führt (oben zu N. 5 ff.). Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 154 ff.

§ 11.

Abgabe der Erklärung im vorbereitenden Schriftsatz.

I. 1. Es ist die Behauptung aufgestellt worden [1]), dass auch in einem vorbereitenden Schriftsatz eine Aufhebungserklärung ebenso solle abgegeben werden können wie in der mündlichen Verhandlung. Die Prüfung dieser Behauptung hängt wesentlich von der Beurteilung der vorbereitenden Schriftsätze überhaupt ab.

2. Nach der Legaldefinition des § 129 ZPO. sind die vorbereitenden Schriftsätze schriftliche Erklärungen, die die mündliche Verhandlung vorbereiten sollen. Sie enthalten die Ankündigung dessen, was die zustellende Partei in der bevorstehenden Verhandlung erklären oder beantragen will.

Die Zustellung des Schriftsatzes ist eine Prozesshandlung, da sie in prozessordnungsmässiger Form (hier: Zustellung) erfolgt und mit einer gewissen Unmittelbarkeit (vgl. § 335 Ziff. 3 ZPO.) auf die Entwicklung des Prozesses einwirkt. Was aber in dem Schriftsatz erklärt wird, das ermangelt noch der für Prozesserklärungen vorgeschriebenen Form des mündlichen Vortrages, ist also noch keine Prozesshandlung. Die Erklärung ist für den Prozess erst dann vorhanden, wenn sie in der mündlichen Verhandlung in gehöriger Form wiederholt ist [2]).

Aber abgesehen hiervon hat die Zustellung des Schriftsatzes auch noch dieselbe Bedeutung wie die Übersendung jedes anderen Schriftstückes: sie kann das „Zugehen" von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen „unter Abwesenden" bewirken. Soweit eine solche Willenserklärung in dem Schriftsatz enthalten ist, wird sie wirksam, wenn sie von dem richtigen Erklärenden an den richtigen Empfänger gerichtet ist. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Erklärende die Erklärung in seinem Schriftsatz nicht nur zur Vorbereitung der mündlichen

1) RG. 63, 411 = JW. 06, 565; Biermann I, 194.

2) Vgl. Kohler, ZZP. 24, 18; Stein, § 129, Bem. I, 2; v. Seuffert, § 81, Bem. 3.

Verhandlung aufgenommen hat, — um anzukündigen, dass er in der mündlichen Verhandlung das Aufhebungsrecht ausüben werde. Denn da dies letztere der Hauptzweck der vorbereitenden Schriftsätze ist, so müssen stets besondere Gründe vorhanden sein, wenn man im Einzelfall eine Ausnahme annehmen will[3]). Man wird daran festhalten müssen, dass es Auslegungsfrage ist, ob sofortige Wirkung oder nur Ankündigung der Erklärung beabsichtigt war[4]).

Andererseits aber kann man nicht behaupten, dass die Schriftsätze nicht geeignet seien zur Vermittlung ausserprozessualer Erklärungen, weil sie nicht gelesen würden[5]). Die Schriftsätze sind ebenso wie alle andern Schriftstücke dazu bestimmt, vom Adressaten gelesen zu werden[6]), und von einer wirklichen Kenntnisnahme durch den Empfänger kann man die Wirksamkeit des Zuganges ebensowenig abhängig machen wie bei sonstigen Willenserklärungen unter Abwesenden. Hier wie dort genügt es, wenn der Adressat unter normalen Verhältnissen Gelegenheit hatte, von dem Inhalt Kenntnis zu erlangen.

Nicht zu übersehen ist hierbei, dass diese Erklärung im vorbereitenden Schriftsatz, die ja keine Prozesshandlung ist, von der Prozessvollmacht nicht gedeckt wird, wenn sie ausserprozessual rechtsgeschäftlich wirken soll[7]).

---

3) Die Möglichkeit dieser Ausnahme wird sogar verschiedentlich bestritten: Wach, ZZP. 27, 15; Schneider, ZZP. 31, 271 ff.; Kiehl, Gruchots Beitr. 45, 762; wohl auch Hellwig, Lehrb. I, 243, N. 17 (vgl. jedoch System I, 529) und Oertmann, § 388, Bem. 1 b.

4) Dernburg II, 349; Enneccerus, § 292, III, 1, N. 12; Geib S. 184; Hellwig, Pr.Hdlg. 31; System I, 529 (gegen Lehrb. I, 243, N. 17); Kuhlenbeck bei Staudinger, § 388, Bem. 1; Raddatz, Sächs. Arch. Bürg.R. 10, 228; Schollmeyer, § 388, Bem. 2 a; Siméon I, 1 S. 328; II, 411; Skon.-Gelpcke, § 81, Bem. 7 c. i. f.; Stein, Vorb. zu § 128 bei N. 146; Str.-Koch, § 129 N. 1; Walsmann, Arch. ZivPr. 102, 129; Weigelin, S. 157; Weismann, ZZP. 26, 19; RG. 53, 148 = JW. 03, 21; JW. 03, 532; Seuff A. 60, 176 = Gruchots Beitr. 49, 1056; JW. 04, 65; KG., Rspr. 2, 217; Hamburg, Rsp. 15, 101 = Seuff A. 63, 99.

5) Das behauptet z. B. Wach, ZZP. 27, 16.

6) Vgl. Walsmann Arch. ZivPr. 102, 129.

7) Vgl. Hellwig, System I, 432.

Das Reichsgericht[8]) behauptet hier, eine in einem vorbereitenden Schriftsatz aufgenommene Aufgebungserklärung erlange zwar für den Prozess eine Bedeutung erst mit der Wiederholung in der mündlichen Verhandlung, aber abgesehen von der prozessualen Bedeutung habe die Aufnahme der Erklärung in den Schriftsatz eine materielle, vom Prozess unabhängige Wirkung. Insoweit hat das Reichsgericht recht, wenn man daran festhält, dass diese selbständige Wirkung stets von der Partei gewollt sein muss[9]). Das Reichsgericht folgert aber weiter, diese Aufnahme der Erklärung in den Schriftsatz könne auch dann materielle Wirkung haben, wenn der Schriftsatz von einem Prozessbevollmächtigten an den andern gerichtet war, ohne dass beide Anwälte besondere Vollmacht gehabt hätten. Das Reichsgericht begründet diese Behauptung damit, dass die Anwälte auch zur Vornahme bestimmter materieller Rechtsgeschäfte befugt seien, sobald diese zu dem Prozess in einer bestimmten Beziehung stünden. Dies ist die schon einmal (oben § 9) behandelte und widerlegte Behauptung. Es ist nachgewiesen, dass die Anwälte nur Prozesshandlungen[10]) vornehmen können, und Aufhebungserklärungen im Prozess auch nur deshalb und insoweit abgeben und entgegennehmen können, als diese Erklärungen Prozesshandlungen sind.

8) Insbesondere RG. 63, 411 ff.
9) Vgl. oben zu N. 3.
10) Vgl. oben § 9 zu N. 4.

Drittes Kapitel.

Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung im Prozess.

§ 12.

Der Eintritt der Wirksamkeit.

I. 1. Es ist im ersten Kapitel das Prinzip entwickelt worden für die Wirkung der Aufhebungserklärung im Prozess auf das materielle Recht. Bevor nun dazu übergegangen wird, die Gründe zu untersuchen, die diese Wirkung zu beeinträchtigen oder zu verhindern geeignet sind, möge der Zeitpunkt des Eintritts dieser Wirkung sowie auch deren Charakter kurz untersucht werden.

Die Erklärung wird abgegeben, damit sie zur Urteilsgrundlage wird, und sie wird dies, wenn sie im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung noch Prozessstoff ist. Das Urteil deklariert die Rechtslage im Augenblick der letzten Tatsachenverhandlung. Wenn es sich um ein landgerichtliches Berufungsurteil handelt, das im letzten Verhandlungstermin verkündet wird (dessen Rechtskraft also zeitlich mit der letzten Tatsachenverhandlung eng zusammenfällt), so wird es gleichzeitig mit dem Schluss der mündlichen Verhandlung sicher, ob die materiellen Beziehungen der Parteien geändert sind, denn es ist sicher, dass das auf diese Verhandlung ergehende Urteil rechtskräftig wird. Es ist also in diesem Fall der Eintritt oder Nichteintritt der Wirksamkeit daraus zu ersehen, ob dies Urteil durch die Erklärung beeinflusst ist. In jedem andern Fall ist es im Augenblick der letzten Tatsachenverhandlung noch objektiv ungewiss, ob die Aufhebungserklärung die materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien geändert hat. Diese Änderung hängt von dem gleichen Umstand ab, der auch Wirksamkeitsvoraussetzung für die ganze Urteilsdeklaration ist,

nämlich von dem Eintritt der formellen Rechtskraft eben dieser Deklaration. Der Richter, der nur unter der Voraussetzung deklariert, dass seine Deklaration rechtskräftig wird, kann und muss für den Inhalt seiner Deklaration diese Voraussetzung als eingetreten, also die Rechtslage als geändert betrachten. Wird dann das Urteil rechtskräftig [1]), so ist die Rechtsänderung endgültig vollzogen [2]).

2. Aus diesem Prinzip lassen sich nun die verschiedenen Momente herausschälen, die zusammenkommen müssen, damit sich die Rechtslage auf dem angegebenen Wege ändern kann. Das erste und wichtigste Moment ist die Erklärung selbst [3]). Diese (ordnungsmässig abgegebene) Erklärung selbst, nicht etwa das auf ihr beruhende („richtige") Urteil ist causa efficiens der Rechtsänderung [4]). Es wird daher besonderes Gewicht auf die Gründe zu legen sein, die die Ordnungsmässigkeit der Abgabe dieser Erklärung beeinträchtigen könnten [5]).

3. Wenn aber auch das Urteil keine causa efficiens der Rechtsänderung ist, so kann doch diese Rechtsänderung niemals ohne das Urteil eintreten. Ein irgendwie materiell beachtlicher Tatbestand ist indessen nur das Urteil, das Rechtskraft erlangt hat, vorher kann es nur prozessuale Wirkungen äussern [6]), und nur vermöge einer etwa besonders erklärten vorläufigen Vollstreckbarkeit kann es der noch nicht endgültig geschaffenen Position des Siegers eine gewisse Reaktionsfähigkeit nach aussen verschaffen, die aber immer doch nur eine vorläufige bleibt [7]).

1) Von der Wiederaufnahme des Verfahrens ist hier vorläufig abzusehen.

2) D. h. es wird endgültig sicher, dass die Rechtsänderung bereits eingetreten ist.

3) Auch ohne eine solche Aufhebungserklärung kann eine Rechtsänderung eintreten. Diese ist dann entweder auf eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung in dem oben (S. 21) erörterten Sinne (z. B. Anerkenntnis), oder auf einen richterlichen Irrtum zurückzuführen. In letzterem Falle – und nur in diesem – ist das (alsdann „unrichtige") Urteil causa efficiens der Rechtsänderung.

4) Vgl. die vorige Note.

5) Vgl. unten § 13.

6) § 318 ZPO.

7) Vgl. § 717 II ZPO.

Da also die Rechtskraft des Urteils Voraussetzung jeder materiellen Bedeutung ist, so bedarf auch die Aufhebungserklärung im Prozess zu ihrer materiellen Wirksamkeit des rechtskräftigen Urteils. Dieses ist Voraussetzung — wenn auch nicht Ursache der eintretenden Rechtsänderung.

Aus diesem Grunde werden auch die Umstände zu würdigen sein, die ein gänzliches Fehlen oder die Unwirksamkeit des rechtskräftigen Urteils zur Folge haben können [8]).

4. Weiter aber kann naturgemäss die Rechtsänderung nicht oder doch nicht auf Grund der Aufhebungserklärung eintreten, wenn das rechtskräftige Urteil von der ordnungsmässig abgegebenen Erklärung nicht beeinflusst ist [9]). Es werden also auch die Fälle der mangelnden Kausalität zu erörtern sein [10]).

II. 1. Hiernach ist zunächst festzustellen, in welchem Zeitpunkt gegebenenfalls die Zivilrechtswirkung der Prozesshandlung eintritt. Es können hier an sich drei verschiedene Zeitpunkte in Frage kommen: einmal derjenige, in welchem die Erklärung abgegeben wird, sodann der, in dem es endgültig sicher wird, dass die Aufhebung eintritt [11]), und endlich der, der der Urteilsdeklaration zugrunde gelegt wird.

2. Es ist nun zwar ein Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs für solche Willenserklärungen, deren Wirksamkeit noch von irgendeinem Umstande abhängt, z. B. von einer Genehmigung, dass die Wirksamkeit zurückbezogen wird auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Wenn aber auch jede ausdrückliche prozessrechtliche Vorschrift für die Zurückbeziehung der Wirksamkeit einer Aufhebungserklärung fehlt, so kann doch dieser Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus verschiedenen Gründen nicht ohne weiteres in das Prozessrecht übernommen werden, zumal er sich in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Umstand, von dem die Wirksamkeit abhängt, zum

8) Vgl. unten § 15.

9) Wenn also z. B. ein Anerkenntnis oder eine Versäumnis dazwischengetreten ist.

10) Vgl. unten § 15.

11) Also der Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils.

Inhalt der Erklärung, also zu einer Bedingung wird (§ 158 BGB.). Es fehlt deshalb jeder Anhaltspunkt dafür, den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung in den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zu verlegen.

3. Ebensowenig wie den für die Genehmigung geltenden darf man jedoch den für den Fall der Bedingung gegebenen Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs in das Prozessrecht übernehmen, dass nämlich die Wirksamkeit der Erklärung eintritt mit dem Eintritt der Bedingung. Selbst wenn man für diejenigen Aufhebungsrechte, die nur durch einen Prozess ausgeübt werden können, es gelten lässt, dass erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des in diesem Prozesse ergehenden Urteils eine Rechtsänderung herbeigeführt wird [12]), so liegt doch in dem hier zu erörternden Falle die Frage völlig anders. Bei der Erklärung im Prozess ist die Durchführung des Prozesses nicht der Weg, wie das Aufhebungsrecht geltend gemacht wird, sondern die Rechtskraft des Urteils ist lediglich Wirksamkeitsvoraussetzung einer Erklärung, die zu ihrer Vollendung an sich der Rechtskraft nicht bedarf.

Es ist also nicht zulässig, den Eintritt der Wirksamkeit der Erklärung in den Zeitpunkt der Rechtskraft zu verlegen.

4. Der Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Wirksamkeit zurückbezogen werden muss, ergibt sich vielmehr aus einer Würdigung der Voraussetzungen dieser Wirksamkeit:

Die Erklärung muss im Augenblick der letzten Tatsachenverhandlung Prozessstoff sein und als solcher Einfluss haben auf ein späterhin rechtskräftig werdendes „richtiges" Urteil. In diesem Urteil wird die Rechtslage so deklariert, wie sie im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung gewesen ist. Irgendwelche Umstände, die vor diesem Zeitpunkt eingetreten sind, können gegenüber dem rechtskräftigen Urteil nicht mehr geltend gemacht werden (§§ 767 Abs. 2, 323 ZPO.), wohl aber unbeschränkt solche, die später eingetreten sind. Es wird also die ganze Deklaration des Urteils auf diesen Zeitpunkt bezogen,

---

12) Dagegen mit guten Gründen Zitelmann, Eheanfechtung S. 4 ff.

und, soweit diese Deklaration von der ausserprozessualen Sachlage abweicht, soweit also durch den Prozess eine Rechtsänderung herbeigeführt wird, muss auch diese Veränderung in dem gleichen Zeitpunkt eintreten [13]). So ergibt sich, dass die Aufhebung des durch die im Prozess abgegebene Erklärung angegriffenen Rechtes bezogen werden muss auf den Augenblick der letzten Tatsachenverhandlung [14]). Wenn auch die Frage, o b diese Wirkung eintritt, noch von der Rechtskraft abhängt, so ändert dieser Umstand doch nichts daran, dass diese Wirkung, w e n n sie eintritt, auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung zurückbezogen werden muss.

Es ist nicht möglich, aber auch nicht erforderlich, hier auf die Theorie vom „schwebenden Rechte“ [15]) einzugehen. Es genügt die Feststellung, dass eine Rechtsänderung eintritt infolge der Aufhebungserklärung, dass sie abhängt von der Rechtskraft, und dass sie zurückbezogen wird auf die letzte Tatsachenverhandlung. Was in der Zeit zwischen der letzten Tatsachenverhandlung und dem Eintritt der Rechtskraft Rechtens ist, soll hier nicht erörtert werden, da es in diesem Zusammenhange nur rein theoretische Bedeutung hätte.

III. Wenn so die allgemeinen Voraussetzungen der Wirksamkeit und der Zeitpunkt ihres Eintritts festgestellt sind, so lassen sich daraus die verschiedenen Fälle ableiten, in denen die Zivilrechtswirkung nicht eintritt. Es sind dies die folgenden:

a) Die Erklärung wird nicht ordnungsmässig abgegeben (§ 13).

b) Die ordnungsmässig abgegebene Erklärung bleibt nicht Prozessstoff (§ 14).

c) Es ergeht kein rechtskräftiges Urteil, oder

d) das ergehende Urteil beruht nicht auf der Aufhebungserklärung (§ 15).

---

13) Hierbei ist es unerheblich, ob das Urteil „richtig“ oder „unrichtig“ ist.

14) Hellwig, Anspr. S. 497; Pagenstecher, Rkr. S. 149, 305; Jahrb. d. VerwR. 1, 343; Reichel, Rkr. S. 6 f.

15) Vgl. dazu Enneccerus, I, 1 S. 185; Pagenstecher, Jahrb. d. VerwR. 1, 350.

Endlich gehört hierher aber auch der Fall, dass das schon rechtskräftig gewordene Urteil nachträglich wieder aufgehoben wird (§ 16).

§ 13.

Mängel in der Abgabe der Erklärung.

I. 1. Um die besprochene Wirkung äussern zu können, muss also die Erklärung wirksame Prozesshandlung sein. Abgesehen von den schon erörterten Postulaten des mündlichen Vortrages und des dazu bestimmten Termins gehören auch noch dazu:

a) Parteifähigkeit,
b) Prozessfähigkeit,
c) Postulationsfähigkeit,
d) Legitimation eines auftretenden Vertreters.

Ein Mangel in diesen Voraussetzungen ist im allgemeinen von Amts wegen zu berücksichtigen [1]) und führt dazu, dass über die Sache selbst gar nicht entschieden wird, bei der Erledigung des Prozesses also irgendeine Prozesserklärung nicht in Betracht kommt.

Von Wichtigkeit ist hier die Frage, inwieweit die materiellen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Erklärung hier vorhanden sein müssen, und welche Folgerungen sich ergeben, wenn die Voraussetzungen für den Prozess zwar vorhanden waren, die materiellen Voraussetzungen für die Erklärung aber ganz oder zum Teil mangelten.

II. 1. Zunächst also muss die Partei, von der oder an die die Erklärung abgegeben wird, parteifähig sein. Nach § 50 ZPO. gehört die Parteifähigkeit zum Inhalt der Rechtsfähigkeit. Es kann daher zwar in der Regel nicht vorkommen [2]), dass von einer nicht rechtsfähigen, aber parteifähigen

1) §§ 56, 78, 88 ZPO.

2) Wenn man von den ausländischen Klosterpersonen absieht (RG. 32, 177). Diese können in keinem Falle Partei in einem Prozess sein, die unten

Prozesspartei eine Aufhebungserklärung abgegeben wird, doch ist diese Abhängigkeit der Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit nicht ausnahmslos durchgeführt (§ 50 Abs. 2 ZPO.). Deshalb muss auch hier festgestellt werden, ob die Fähigkeit zur Geltendmachung von Aufhebungsrechten im Prozess die materielle oder die prozessuale Rechtsfähigkeit voraussetzt, ebenso wie dies oben bezüglich der Vertretungsmacht geschehen ist.

Ein Aufhebungsrecht kann an sich nur einer rechtsfähigen Person zustehen, es erscheint also prima facie nicht möglich, dass es von einer nicht rechtsfähigen Person innerhalb oder ausserhalb des Prozesses ausgeübt würde. Es kann indessen der Fall sein, dass ein solches Aufhebungsrecht einer Mehrheit von Personen gemeinsam zusteht, die als solche nicht rechtsfähig sind und von dieser Mehrheit nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann. Dies ist vor allem bei allen Gesamthandverhältnissen der Fall. Auch bei der Gesamthand bleiben die einzelnen Gesamthänder die Berechtigten, die Subjekte aller Rechte, also auch der der Gesamthand zustehenden Aufhebungsrechte. Ausgeübt werden diese Rechte gleichfalls von allen Gesamthändern, diese sind auch Partei im Prozesse der Gesamthand; es gibt daher in solchen Prozessen auch lediglich Erklärungen der einzelnen Gesamthänder, keine Erklärung der Gesamthand.

2. Der Fall, dass eine solche Gesamthand parteifähig wird, kann nur [3]) dann eintreten, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein, der im übrigen gemäss § 54 BGB. dem Gesellschaftsrecht untersteht, verklagt wird. In diesem Fall gibt § 50 Abs. 2 ZPO. dem Verein die Parteifähigkeit. Es gibt also hier Prozesshandlungen einer nicht rechtsfähigen Partei; es kann auf diese Weise vorkommen, dass eine solche Partei ein Aufhebungs-

für den nicht rechtsfähigen Verein erörterten Fragen können also bei ihnen nicht entstehen.

3) Es geht zu weit, dem Verein auch die Parteifähigkeit für Aktivprozesse zu geben, wie es Hellwig, Lehrb. I, 305 f.; Anspr. 296; weniger deutlich System I, 152 f., tun will, dagegen Stein, Bem. IV zu § 50, Nussbaum, ZZP. 34, 112 ff.

recht ausübt, das gar nicht ihr selbst, sondern ihren einzelnen Mitgliedern zusteht. Nun hat der beklagte Verein im Prozess „die Stellung eines rechtsfähigen Vereins", d. h., was den Prozess anlangt, gelten an Stelle der Gesellschaftsregeln die Regeln über juristische Personen, insbesondere auch bezüglich der Vertretungsmacht[4]). Aber damit ist, um praktisch zu sprechen, dem Vorstand das Recht noch nicht gegeben, mit Wirkung über den Prozess hinaus Aufhebungsrechte des „Vereins" auszuüben, bzw. durch von ihm bevollmächtigte Anwälte ausüben zu lassen. Die sich hieraus ergebende Schwierigkeit löst sich indes auf dem gleichen Wege wie die bezüglich des Umfangs der Prozessvollmacht.

Der beklagte Verein hat „in dem Rechtsstreite" die Rechtsfähigkeit also ebensoweit, wie er die Parteifähigkeit hat. Beide müssen sich auch hier decken. Der Verein als solcher kann in diesem Prozess Prozesshandlungen vornehmen, und zwar jeder Art[5]), auch wenn durch die Prozesshandlung ein den Mitgliedern als solchen zustehendes Aufhebungsrecht ausgeübt wird. Es handelt sich hier nicht um eine eigentliche Vertretung, denn der Vorstand ist Vertreter des Vereins, nicht der Mitglieder[6]); das Besondere liegt hier auch nicht in der Vertretungsmacht des Vorstandes für den Verein, sondern darin, dass der Verein (durch seinen Vorstand) Rechte geltend macht, die gar nicht ihm, sondern seinen Mitgliedern zustehen. Das Recht hierzu wird dem Verein durch § 50 Abs. 2 ZPO. „für den Rechtsstreit" gegeben, und es umfasst alle Teile des Prozesses, auch die Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung. Es gilt auch hier wieder der Satz: Wer einen Prozess im ganzen führen kann, kann auch die einzelnen dazugehörigen Prozesshandlungen vornehmen. Die Frage, ob die Befugnis zur Abgabe von Aufhebungserklärungen im Prozess bei einer Verschiedenheit der Rechtsfähigkeit und

4) Vgl. Stein, Bem. IV zu § 50, N. 65; Hellwig, System I, 155 ff.
5) Vgl. Stein, Bem. IV zu § 50, N. 66.
6) Hellwig, System I, 158.

der Parteifähigkeit von der einen oder der andern abhängt, ist im Sinne der Parteifähigkeit zu beantworten.

III. 1. In einem ähnlichen Verhältnis wie die materielle und die prozessuale Rechtsfähigkeit stehen die materielle und die prozessuale Handlungsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Prozessfähigkeit.

Wie die Parteifähigkeit an die Rechtsfähigkeit, so ist die Prozessfähigkeit grundsätzlich an die Geschäftsfähigkeit geknüpft (§ 52 Abs. 1 ZPO.). Wer materiell nicht Rechtshandlungen vornehmen darf, darf dies auch im Prozess nicht tun; wer sich materiell völlig frei verpflichten kann, kann auch alle Prozesshandlungen vornehmen; wer materiell einen bestimmten Kreis von Handlungen vornehmen kann, kann über den gleichen Kreis auch Prozesse führen und Prozesshandlungen vornehmen [7]).

2. Es gibt jedoch Fälle, wo zwischen Geschäftsfähigkeit und Prozessfähigkeit Differenzen bestehen. Ein Minderjähriger, der nach § 112 BGB. zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt ist, wird aus einem in diesem Betrieb vorgenommenen Geschäfte verklagt: Für diesen Prozess ist er nach § 52 Abs. 1 ZPO. (mit § 112 BGB.) prozessfähig. Er will nun in diesem Prozess eine nicht aus dem Erwerbsgeschäft herrührende Forderung zur Aufrechnung stellen, da er sonst wenig Aussicht hat, diese Forderung beizutreiben. Nach § 107 BGB. darf er sie jedoch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters weder abtreten, noch einklagen, noch auch vor allem aussergerichtlich aufrechnen, darf er sie auf diese Weise durch Aufrechnung im Prozess geltend machen? Nach den erörterten Grundsätzen kann man keine Bedenken tragen, ihm diese Befugnis zu geben [8]).

Abgesehen davon, dass unter dem in § 54 ZPO. gebrauchten Ausdruck „Ermächtigung“ auch die in § 107 BGB. geforderte „Einwilligung“ mit zu verstehen sein dürfte, kann die Frage der Prozessfähigkeit nur einheitlich entschieden werden für

7) Hellwig, Lehrb. I, 321 ff.; System I, 177 ff.

8) So auch Hellwig, Lehrb. II, 333; System I, 179; Stein, Bem. II zu § 52.

einen Prozess, ohne Ausnahme einzelner Teile. Auch praktisch ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten, denn wer so verständig ist, dass ihm das in § 112 BGB. bezeichnete Betätigungsfeld selbständig überlassen werden kann, dem kann man auch erlauben, mit Forderungen aufzurechnen, die ihm ausserhalb des Erwerbsgeschäftes zustehen.

Entsprechendes wie im Fall des § 112 BGB. muss auch gelten im Falle des § 113 BGB.

Getreu dem Leitsatz ist also festzustellen, dass die Frage der Handlungsfähigkeit, soweit sie für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung im Prozess in Betracht kommt, lediglich nach Prozessrecht, nicht nach der materiellrechtlichen Geschäftsfähigkeit bezüglich der Verfügung über das Aufhebungsrecht zu beurteilen ist.

IV. 1. Wie Partei- und Prozessfähigkeit, so ist auch die Postulationsfähigkeit, die Fähigkeit des Verhandelns vor Gericht, grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen. Soweit nicht Anwaltszwang besteht, ist postulationsfähig jede prozessfähige Person (§ 79 ZPO.), im Anwaltsprozess (§ 78 ZPO.) nur der bei dem Prozessgericht zugelassene Anwalt. Es bestimmt sich also die Postulationsfähigkeit ausschliesslich nach prozessualen Grundsätzen, ohne dass materiellrechtliche Fragen dabei irgend eine Rolle spielten. Eine postulationsunfähige Person kann, auch wenn sie partei- und prozessfähig ist, keine Prozesshandlungen vornehmen, für die die Postulationsfähigkeit ihr mangelt, also insbesondere keine Erklärungen im Termin abgeben, die zum Prozessstoff werden sollen[9]).

Wird der Mangel der Postulationsfähigkeit übersehen[10]), so ist das ergehende Urteil nicht wie bei mangelnder Parteifähigkeit nichtig, sondern nur mit Nichtigkeitsklage anfechtbar (§ 579 Ziff. 4 ZPO.). Aber obwohl die mit der Rechtskraft verbundenen Wirkungen zunächst eintreten,

9) Ob eine derartige Erklärung zufällig als Rechtsgeschäft wirksam sein kann, ist Tatfrage (vgl. oben § 6 zu N. 7).

10) Ist z. B. der Anwalt im Laufe des Prozesses in der Liste der Rechtsanwälte gelöscht und dies vom Gericht nicht beachtet worden.

erlangen die Aufhebungserklärungen, die eine nicht postulationsfähige Partei abgegeben hat, keine materielle Wirksamkeit. Denn das Gericht durfte diese Erklärung nicht berücksichtigen, das darauf gegründete Urteil ist „unrichtig". Der Fall liegt hier ähnlich wie unten V, 3, b (1).

2. Mit der Postulationsfähigkeit ist nicht zu verwechseln die Legitimation eines etwa auftretenden Vertreters. Ob diese vorhanden ist, bestimmt sich nach dem der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Es ist gezeigt worden, dass die nach materiellrechtlichen Grundsätzen etwa erforderliche Legitimation für die einzelne Prozesshandlung nicht vorhanden zu sein braucht, wenn sie nur für den Prozess im ganzen vorhanden ist. Für diesen Fall braucht die Frage nicht weiter erörtert zu werden. Es ist jedoch möglich, dass die Legitimation zwar nicht für den Prozess im ganzen, wohl aber für einzelne Prozesshandlungen — etwa auf Grund einer Sondervollmacht — vorhanden war. Wenn eine solche Sondervollmacht die Aufhebungserklärung umfasst, so kommt es an sich auf die Legitimation zur Führung des ganzen Prozesses nicht mehr an, es kann aber natürlich die Wirkung der Aufhebungserklärung dann nicht eintreten, wenn wegen des Mangels der Legitimation für den Prozess im ganzen Prozessabweisung erfolgt[11]).

V. 1. Von den Erfordernissen für die wirksame Abgabe der Erklärung lassen sich Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Legitimation des Vertreters insofern zusammenfassen, als ihr Mangel grundsätzlich von Amts wegen zu berücksichtigen ist (§§ 56 Abs. 1, 88 ZPO.), als aber einstweilen über den Mangel hinweggesehen und unter Vorbehalt seiner Beseitigung innerhalb bestimmter Frist prozessiert werden kann (§§ 56 Abs. 2, 89 ZPO.). Wird bis zum Ablauf der gesetzten Frist der Mangel nicht beseitigt, so ist die ganze Prozessführung[12]) als nicht

11) Dass derjenige, der den Prozess als Partei führt und die Aufhebungserklärung abgibt, auch zur Führung des Prozesses berechtigt (z. B. §§ 1380, 1400 BGB.) und auch zur Geltendmachung des Aufhebungsrechtes aktiv legitimiert sein muss, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Vgl. auch unten VII.

12) Abgesehen von der Kostenfrage. Die Kosten sind bei Prozessabweisung in der Regel dem Kläger aufzuerlegen und zwar auch bei mangelnder

geschehen, also auch alle etwa von einer etwa nicht parteifähigen usw. Partei abgegebenen Aufhebungserklärungen als nicht abgegeben zu betrachten. Wird dagegen der Mangel geheilt, so wird er als von Anfang an nicht vorhanden betrachtet, es wird also so angesehen, als sei die Parteifähigkeit usw. von Anfang an vorhanden gewesen.

Da es aber, wie oben ausgeführt, für die Abgabe von Aufhebungserklärungen nicht auf materielle, sondern lediglich auf prozessuale Eigenschaften und Befugnisse ankommt, so braucht nicht erörtert zu werden, ob mit dem prozessualen auch der etwa vorhandene materielle Mangel heilt.

2. Die Art und Weise, wie der Mangel geheilt wird, ist in jedem dieser Fälle verschieden.

a) Bei anfänglichem Mangel der Parteifähigkeit ist erforderlich zur Heilung des Mangels, dass die Parteifähigkeit nachträglich eintritt, und ferner, dass die jetzt parteifähig gewordene oder die an ihre Stelle getretene neue Partei[13]) die bisherige Prozessführung ganz oder zum Teil genehmigt und damit zu der ihrigen macht.

b) Die Handlungen eines Prozessunfähigen sind völlig unwirksam[14]), bis entweder sie oder die ganze Prozessführung genehmigt werden[15]), und zwar entweder von der inzwischen prozessfähig gewordenen Partei selbst oder von deren gesetzlichem Vertreter. Für diese Genehmigung gelten nicht die Regeln der §§ 108, 109, 115, 182 ff. BGB., sondern sie hat zu erfolgen innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist (§ 56 Abs. 2 ZPO.) in beliebiger Form; nur muss erfordert werden, dass dem Gericht von dieser Genehmigung vor Ablauf der Frist Kenntnis gegeben wird. Wird die Genehmigung nicht

---

Legitimation des Vertreters. Vgl. Stein, § 50, Bem. VII zu N. 88, § 56 zu N. 31 mit Zitaten; a. M. Förster-Kann Bem. 5 vor § 50; Bem. 4 zu § 56 mit vielen Zitaten.

13) Z. B. der rechtsfähig gewordene Verein.

14) Nicht aber das etwa ergehende Urteil vgl. unten 3, b (1) und Hellwig, Lehrb. II, 315, 339.

15) Vgl. Hellwig, Lehrb. II, 339; System I, 181.

rechtzeitig erteilt oder nicht rechtzeitig dem Gericht bekanntgegeben, so ist der Mangel nicht geheilt, die etwa schon abgegebenen Erklärungen sind, wie sämtliche Prozesshandlungen, unheilbar unwirksam.

c) Für die Legitimation des Vertreters lassen sich zwei Fälle unterscheiden, nämlich der Mangel der Legitimation überhaupt und der Mangel des Nachweises dieser Legitimation. Beide Fälle werden jedoch im wesentlichen gleichmässig behandelt, so dass diese Unterscheidung nicht wesentlich ist[16]).

Tritt jemand als gesetzlicher Vertreter auf, ohne es zu sein, so ist eine Heilung dieses Mangels in der Weise denkbar, dass er die gesetzliche oder eine sonstige Vertretungsmacht nachträglich rechtzeitig erwirbt, ferner aber auch dadurch, dass der zu Unrecht Vertretene die Prozessführung des Pseudovertreters (vgl. oben § 10 IV) genehmigt und sie dadurch zu der seinigen macht.

Wer als „gewillkürter" Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt, muss, um den Mangel zu heilen, die Genehmigung seiner Prozessführung durch den „Vertretenen" herbeiführen.

Wer seine (gesetzliche oder gewillkürte) Vertretungsmacht nicht nachweisen konnte, muss, um seinen Erklärungen Wirksamkeit zu verschaffen, rechtzeitig den Nachweis seiner Vertretungsmacht führen.

d) Bei mangelnder Postulationsfähigkeit ist eine Heilung nicht denkbar. Selbst wenn der Anwalt die Erklärung später aufnimmt, so ist doch zunächst die Erklärung einer nicht postulationsfähigen Person für das Gericht nicht vorhanden und kann auch nicht nachträglich wirksam werden.

3. Der innere Grund für die Heilung dieser Mängel ist aber in jedem dieser Fälle der gleiche:

Wenn derjenige, der die Erklärung eigentlich hätte abgeben sollen (also der Vormund, der Pseudovertretene), die Prozessführung im ganzen genehmigt, so liegt darin die Erklärung, dass er die gesamte Prozessführung des vorläufig Zugelassenen

16) Vgl. dazu Hellwig, Lehrb. II, 389; System I, 205 ff.

als durch sich erfolgt gelten lassen will. Es wird dann also so angesehen, als sei der ganze von dem „Falschen“ geführte Prozess von dem „Richtigen“ geführt, also auch die darin abgebenen Erklärungen von diesem abgegeben worden.

Wird die Prozessführung nicht im ganzen, sondern nur aus ihr eine einzelne Erklärung genehmigt, während der Prozess im übrigen von der richtigen Partei selbst geführt war, so wird durch die Genehmigung die Erklärung in dem Prozess des Berechtigten hinübergenommen. Dies ist natürlich nur dann möglich, wenn es sich nur um die ordnungswidrige Abgabe dieser einzelnen Erklärung handelt; ist der ganze Prozess von einer falschen Person geführt worden, so ist eine Genehmigung einer einzelnen Prozesshandlung ohne gleichzeitige Genehmigung der ganzen Prozessführung nicht denkbar[17]).

Wenn der Mangel einer der erwähnten Prozessvoraussetzungen nicht rechtzeitig geheilt wird, so darf über den geltend gemachten Anspruch nicht entschieden werden, und die sämtlichen ihn betreffenden Erklärungen sind unwirksam. Hiervon gibt es jedoch zwei Ausnahmen, die sich beide darauf gründen, dass der Mangel nicht in Erscheinung getreten ist:

a) Der Mangel der Prozessvollmacht wird im Anwaltsprozess nur auf Rüge des Gegners berücksichtigt (§ 88 ZPO.). Es kann also vorkommen, dass ein nicht bevollmächtigter Anwalt einen Prozess bis zum rechtskräftigen Urteil durchführt; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie für den bevollmächtigten Anwalt, insbesondere also auch §§ 85, 81 ZPO. Es kann demnach ein solcher Anwalt auch alle Aufhebungsrechte der von ihm „vertretenen“ Partei in demselben Umfange geltend machen, wie ein bevollmächtigter Anwalt. Diese Geltendmachung hat hier die gleichen Wirkungen wie dort. Der Richter muss sie berücksichtigen, und wenn das Urteil rechtskräftig wird, so wird unter Umständen die materielle Rechtslage geändert ex causa dieser Aufhebungserklärung eines nicht bevollmächtigten Anwalts. Dem Pseudovertretenen bleibt nur die Möglichkeit,

17) Vgl. Stein, Bem. I zu § 56; Hellwig, Lehrb. II, 340; System 1, 181.

Nichtigkeitsklage gemäss § 579 Ziff. 4 ZPO zu erheben, über deren Wirkungen weiter unten (§ 16) zu handeln sein wird.

Die Rechtslage ist nach der Rechtskraft des Urteils dieselbe, wie wenn ein Nichtberechtigter eine Verfügung getroffen hat, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Der Pseudovertretene hat nur die Möglichkeit, gegen den Pseudovertreter nach §§ 816, 818 ff., 823 ff. BGB. vorzugehen, soweit im Einzelfall die Voraussetzungen dieser Rechtsbehelfe gegeben sind. Ein Vorgehen gegen den Prozessgegner ist durch die Rechtskraft ausgeschlossen [18]).

b) Bei jedem Mangel einer Prozessvoraussetzung sowie bei dem Mangel der Vollmacht im Parteiprozess kann es vorkommen, dass das Gericht nicht, wie es zu geschehen hätte, die Klage durch Prozessurteil zurückweist, sondern dass zur Sache verhandelt und entschieden wird. Es kann also in Sachen einer nicht parteifähigen Partei [19]) oder einer Partei, die, obwohl es erforderlich war, überhaupt nicht oder doch nicht ordnungsmässig vertreten war, ein rechtskräftiges Urteil ergehen. Da indessen ein solches Urteil der Tendenz des Gesetzes widerspricht, so kann es nicht ohne weiteres die gleichen Wirkungen haben, wie ein ordnungsmässig ergangenes Urteil.

(1) Das Gesetz gibt keine ganz klaren Bestimmungen. In § 579 Ziff. 4 ZPO. wird jedoch vorausgesetzt, dass das Urteil in Sachen einer nicht nach Vorschrift der Gesetze vertretenen Partei n i c h t ipso jure nichtig und wirkungslos ist, denn sonst bedürfte es keiner Nichtigkeitsklage mehr. Es gehören hierher die Fälle, dass eine prozessunfähige Partei ohne den richtigen Vertreter, oder dass für eine Partei ein nicht legitimierter Vertreter den Prozess geführt hat. In diesen Fällen hat also zwar das Urteil zunächst Gültigkeit, da es aber „unrichtig" ist, so haben die von diesen falschen Personen abgegebenen Erklärungen keine materiell rechtsändernde Kraft. Die tatsächlich eingetretene Rechtsänderung beruht vielmehr auf

18) Vgl. Pagenstecher, Rechtskraft 326 ff.

19) Nicht aber in Sachen einer nicht existierenden Partei.

dem — authentisch deklarierenden — Urteil[20]). Ob die fraglichen Erklärungen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts als Rechtsgeschäfte unwirksam oder nichtig wären, kommt dabei gar nicht in Betracht.

(2) Aus dem Gesagten folgt per arg. e contr., dass bei Mangel der Parteifähigkeit das Urteil ipso jure nichtig ist[21]), so dass also, wenn durch oder für (oder auch an) eine nicht parteifähige Person eine Aufhebungserklärung abgegeben wird, diese Erklärung jedenfalls durch Vermittlung des Urteils eine rechtsändernde Wirkung nicht erlangt. Sie kann zwar infolge eines richterlichen Irrtums ein rechtskräftig werdendes Urteil beeinflussen, aber dies Urteil bleibt trotz seiner Rechtskraft wegen unheilbarer Nichtigkeit wirkungslos. Die Rechtslage ist hier ähnlich, wie wenn eine geschäftsunfähige Person eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hätte. Die Erklärung kann zwar als solche vollendet werden und auch zugehen, kann aber wegen ihrer Nichtigkeit niemals irgendwelche Wirkungen hervorbringen.

VI. Den bisher behandelten Mängeln der Erklärung, die teilweise gleichzeitig Mängel von Prozessvoraussetzungen sind, steht gegenüber der Mangel der Aktiv- bzw. Passivlegitimation.

Die Frage nach der Aktiv- bezw. Passiv-(Sach-)Legitimation ist die Frage, wem das im Prozess geltend gemachte Recht zusteht und gegen wen es sich richtet. Der Mangel der Sachlegitimation führt zur Abweisung der Klage „als unbegründet", es wird also zur Hauptsache entschieden, ob nämlich die streitigen Rechtsbeziehungen zwischen denjenigen Personen, für (bzw. gegen) die sie behauptet werden, bestehen. Wenn in einem solchen Prozesse eine nicht zur Sache legitimierte Partei ein ihr zustehendes Gestaltungsrecht ausübt, so könnte eine solche Aus-

---

20) Der Unterschied zu dem oben (a) besprochenen Fall liegt darin, dass dort der Richter prozessordnungsmässig entschieden hat, während er hier gegen die Prozessordnung verstosst.

21) Stein, § 50, Bem. VII; Wach, RheinZ. 3, 403; 4, 526 ff.; a. M. Hellwig, Lehrb. I, 152 f.; II, 229 ff.; System I, 556; Nussbaum, ZZP. 34, 144 f.

übung nach allgemeinen Grundsätzen nur dann Wirkung haben, wenn sie ein richtiges Urteil beeinflusste[22]). Dies ist indes unmöglich, denn entweder erfolgt Klagabweisung wegen des Mangels der Sachlegitimation, oder dieser Mangel wird übersehen, und dann ist das Urteil „unrichtig".

Der Mangel der Sachlegitimation kann dadurch geheilt werden, dass die Partei sie vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung nachträglich erwirbt, etwa durch Rechtsnachfolge. Damit wird es möglich, dass Erklärungen über Aufhebungsrechte, die die Partei vor dem Erwerb der Sachlegitimation abgegeben hat, von Bedeutung für das Urteil werden, also als Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkungen die Aufhebung des angegriffenen Rechtes vermittelst des Urteils wirklich herbeiführen[23]).

VII. (Anhang zu § 13.) 1. Eine ganz andere Art von Voraussetzung der Wirksamkeit einer Aufhebungserklärung ist die, dass dem Erklärenden tatsächlich das Aufhebungsrecht, sowie auch die Befugnis zustehen muss, es gegen den Erklärungsgegner — also die Gegenpartei — auszuüben[24]).

Wenn diese materielle Voraussetzung der Erklärung fehlt, so kann sie in keinem Falle eine Zivilrechtswirkung haben. Denn der Richter darf die Erklärung nicht berücksichtigen, und wenn er dies doch tut, so beruht das ergehende Urteil nicht auf der Erklärung (denn es besteht für den Richter kein Zwang zur Berücksichtigung)[25]), sondern auf dem Irrtum des Richters, der aus einem Parteivorbringen unrichtige Schlüsse gezogen hat. Es liegt also dann (ebenso wie wenn die Klage auf Grund eines (nicht abgeschlossenen) Erlassvertrages abge-

---

22) Das ist wohl zu unterscheiden von der Frage ob der erklärenden Partei das geltend gemachte Aufhebungsrecht zusteht.

23) Die Rechtslage ist hier ähnlich wie im Fall des § 185 BGB.

24) Diese einfachere Fassung — die für den Fall der Prozessstandschaft und einige ähnliche Fälle nicht zutrifft — sei hier gestattet, da es auf die Frage der Sachlegitimation und des Prozessführungsrechtes hier nicht ankommt. Vgl. oben zu N. 22.

25) Vgl. dazu oben § 6 zu N. 42.

wiesen war), ein „unrichtiges“ Urteil vor, das zwar auch eine Änderung der Rechtslage herbeiführt, aber nicht auf Grund einer Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung.

2. Die Frage, ob man die allgemeinen Nichtigkeitsgründe[26]), die das Bürgerliche Gesetzbuch (z. B. §§ 104, 105, 115, 116, 138) für rechtsgeschäftliche Willenserklärung aufstellt, auf die Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung anwenden soll, dürfte zu verneinen sein[27]). Da die Erklärungen in solenner Form abgegeben werden, darf man den Parteien nicht das Recht geben, die Zeit des Gerichtes mit scheinbaren oder nicht ernstlichen Erklärungen in Anspruch zu nehmen, sondern sie müssen an alle ihre Erklärungen gebunden sein.

Ob die Geltendmachung[28]) eines Aufhebungsrechtes gegen die guten Sitten verstösst, ist unerheblich, denn selbst die Leistung eines Meineides ist zunächst vollgültig und hat die in der Prozessordnung vorgesehenen Wirkungen[29]). Ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot ist praktisch nicht denkbar, da in einem solchen Falle[30]) der Bestand des Aufhebungsrechtes verneint werden würde, also wegen Nichtbestehens des Rechtes dessen Geltendmachung wirkungslos sein müsste. Dass aber die Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes nach § 226 BGB. unzulässig wäre, ist ausgeschlossen, zumal auch im Prozess jede Handlung, die einer Partei nützt, der anderen schadet[31]).

---

26) Zu beachten ist, dass natürlich der Bestand des Aufhebungsrechtes sich nach den zivilrechtlichen Vorschriften richtet; wird also z. B. mit einer wucherischen Forderung aufgerechnet, so ist diese Aufrechnung deshalb einflusslos, weil die aufgerechnete Forderung nach § 138 BGB. nicht besteht. Der Einwand der Aufrechnung muss (rechtskräftig, § 322 Abs. 2 ZPO) zurückgewiesen werden. Geschieht dies nicht, so ergeht ein „unrichtiges“ Urteil; die Aufrechnungserklärung hat gleichfalls keine Zivilrechtswirkung.

27) So Stein, Bem. V, 6 vor § 128; Nussbaum, Prozesshandlungen S. 68, im Gegensatz zu Kohler, Arch. Ziv.Pr. 97, 13.

28) Nicht das Rechtsgeschäft oder der Vorgang, an den der Bestand des Aufhebungsrechtes geknüpft ist. Vgl. oben N. 26.

29) Vgl. Stein, Bem. V, 7 vor § 128.

30) Vgl. z. B. §§ 393 ff. BGB.

31) Vgl. Stein a. a. O. (vgl. N. 29).

§ 14.

Anfechtung und Widerruf der Erklärung.

I. Wie bei sehr vielen der schon besprochenen Fragen handelt es sich auch hier wieder um die Wahl zwischen der Anwendung materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Vorschriften. Nach Prozessrecht ist grundsätzlich jede Erklärung frei widerruflich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung; denn die Parteien bestimmen frei darüber, welches Tatsachenmaterial sie dem Richter vorlegen wollen[1]). Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung ist ein Widerruf ausgeschlossen, er könnte nur im Falle der Wiederaufnahme noch in Betracht kommen (vgl. unten § 16).

Nach materiellem Recht dagegen ist die Zurücknahme einer Erklärung (worunter hier Anfechtung und Widerruf zusammengefasst sein mögen) nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dagegen ist die Ausschlussfrist für diese Zurücknahme wesentlich länger; denn eine Erklärung kann z. B. wegen Irrtums noch 30 Jahre nach ihrer Abgabe angefochten werden, wenn nur eine bestimmte, von der Kenntnis des Anfechtungsgrundes laufende Frist gewahrt ist. Es ist also von grosser praktischer Bedeutung, ob man in dieser Frage materielle oder prozessuale Vorschriften anwendet.

II. 1. Der Konflikt ist aber in diesem Falle ein noch grösserer als in den anderen behandelten Fällen. Während dort die prozessualen Vorschriften im allgemeinen freier waren, als die entsprechenden materiellrechtlichen, die Parteien also (dem Wesen des Prozesses entsprechend) durch Anwendung der prozessualen Vorschriften in ihrer Bewegungsfreiheit nicht beengt wurden, trifft dies hier nicht in demselben Masse zu. Denn es kann z. B. der Fall eintreten, dass eine Partei eine irrtümlich abgegebene Erklärung nach materiellem Recht noch anfechten könnte, aber durch den Schluss der mündlichen Verhandlung nach Prozessrecht an der Zurücknahme verhindert ist.

1) Es scheiden bei dieser Betrachtung ganz aus die sog. formalen Prozesshandlungen, z. B. Beweisantritt und dergl.

2. Zunächst seien einmal die Fälle untersucht, wo eine Zurücknahme der Aufhebungserklärung im Prozess praktisch in Frage kommen kann.

a) Wenn eine Anfechtung wegen Irrtums im Prozess erklärt ist, so kann ein Interesse an der Zurücknahme dieser Anfechtungserklärung nur darauf gegründet sein, dass die erklärende Partei entweder anderweitige Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der angegriffenen Erklärung geltend machen will (wodurch sie die Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB. vermeidet), oder aber, dass sie die Erklärung aufrechterhalten will (weil sie trotz des Irrtums sich besser stellt, wenn sie den Vertrag aufrechterhält). Beides kann sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ohne weiteres dadurch erreichen, dass sie die Anfechtungserklärung zurücknimmt. Da diese als Prozesshandlung nur vorläufig in den Prozess eingeführt war, hat sie irgendwelche Wirkungen noch nicht gehabt. Der Gegner kann sich also weder seinerseits auf eine durch die Anfechtungserklärung schon herbeigeführte Nichtigkeit berufen, noch auch nach § 122 BGB. Schadensersatz verlangen.

Soweit nun die Partei die Geltendmachung der anderweitigen Nichtigkeit lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen an die Stelle der Irrtumsanfechtung setzen, diese also nur wegen eines Irrtums im Motive zurücknehmen will, ist nach materiellem Recht eine Anfechtung überhaupt nicht möglich. Für diesen häufigsten Fall der Anfechtung geben also die prozessualen Grundsätze der Partei einen weiteren Spielraum als die materiellen.

Will die Partei nachträglich anderweitige Nichtigkeit der angefochtenen Erklärung (oder auch Dissens) geltend machen, so ist sie nicht gehindert, der Klage aus § 122 mit dieser Behauptung zu begegnen. Das Urteil im Vorprozess hat ja rechtskräftig nur das Nichtbestehen des damals geltend gemachten Anspruches festgestellt, nicht aber, dass die Anfechtung wirksam erfolgt sei [2]).

2) Hat die Partei die Anfechtung rechtsgeschäftlich erklärt, so ist die Rechtslage die gleiche.

b) Ähnlich steht es im gewöhnlichen Fall bei der Aufrechnung. Diese wird meist nur eventuell nach allen andern möglichen Verteidigungsmitteln geltend gemacht. Sie beeinflusst also das Urteil meist nur dann, wenn der Richter alle andern Verteidigungsmittel für nicht durchschlagend erachtet. Dies entscheidet sich zwar erst n a c h dem Schluss der mündlichen Verhandlung, doch kann die Partei bis dahin die Aufrechnungserklärung frei zurücknehmen, auch wenn sie nicht eventuell erklärt war. Diese Zurücknahme kann dann natürlich den Verlust des Prozesses zur Folge haben. Ein Widerruf der Aufrechnungserklärung hat auch hier meist nur dann Sinn, wenn die Partei entweder ein neues Verteidigungsmittel findet oder aber die aufgerechnete Gegenforderung in einem andern Prozesse geltend machen will. Beides kann sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ohne weiteres tun; später hat sie das Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln, zuweilen auch zur Erhebung der Restitutionsklage (§ 580 Ziff. 7 ZPO.), aber nicht zur Anfechtung nach § 119 BGB., da auch hier ein Irrtum im Motiv vorliegt[3]). War die Aufrechnung nicht eventuell, sondern prinzipaliter erklärt, so liegt die Frage ebenso wie bei der Anfechtungserklärung.

c) Einer besonderen Betrachtung bedürfen sonach nur die Fälle, wo die abgegebene Erklärung aus einem Grunde angefochten werden soll, der nach BGB. die Anfechtung rechtfertigt. Eine Anfechtung wegen Drohung, sowie eine Nichtigkeit nach §§ 116—118 BGB. kommt bei Prozesshandlungen nicht in Betracht[4]), ebensowenig aber auch die nachträgliche Geltendmachung einer Unzulässigkeit der Aufhebungserklärung (denn diese ist bei der Prüfung der Sachlage vom Richter zu berücksichtigen und endgültig zu klären). Der Fall des § 105 Abs. 2 BGB. bietet keine Schwierigkeit, denn die in einem derartigen

3) Beruht das Urteil nicht auf der Aufrechnungserklärung, so ist diese ohnehin unwirksam; andernfalls ist eine Zurücknahme nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung ebenso bedeutungslos wie etwa die einseitige Zurücknahme einer ausserprozessualen Erklärung.

4) Vgl. oben § 13 zu N. 27.

Zustande abgegebene Erklärung ist in jedem Falle nichtig. Der Rechtssatz des § 105 Abs. 2 BGB. ist keine Besonderheit des Zivilrechtes, sondern er enthält eine allgemeine selbstverständliche Regel, die nur der Vollständigkeit halber in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen ist. Praktisch kommt also nur der Fall der T ä u s c h u n g in Betracht.

3. Ist der Erklärende zur Abgabe der Aufhebungserklärung durch eine Täuschung veranlasst worden, und bemerkt er dies rechtzeitig, so kann er diese Erklärung zurücknehmen, solange die mündliche Verhandlung oder das — aus andern Gründen etwa eingeleitete — Wiederaufnahmeverfahren nicht geschlossen ist.

Anders, wenn die Täuschung erst bemerkt wird, nachdem die mündliche Verhandlung geschlossen und eine Wiederaufnahme nicht mehr möglich ist. Nach materiellem Recht könnte hier der Erklärende noch 12 Monate nach erlangter Kenntnis (§ 124 BGB.) anfechten. Wollte man diesen Grundsatz auf die im Prozess abgegebenen Erklärungen anwenden, so würde das zur Folge haben, dass nachträglich — d. h. nach Rechtskraft des Urteils — der dem Richter vorgelegte Prozessstoff geändert, also das Urteil „unrichtig" werden könnte. Und zwar nicht, weil der Richter sich geirrt hat, sondern weil die Partei eine Erklärung, die sie in dem Prozess abgegeben hat, widerrufen will! Das wäre unter Umständen noch 30 Jahre nach dem Prozess möglich!

Dies Ergebnis ist unhaltbar. Der Prozess ist mit der Rechtskraft des Urteils abgeschlossen; eine Änderung ist nur durch Wiederaufnahme möglich, im übrigen aber kann an dem Prozess in keinem Punkte mehr etwas geändert werden. Hieraus folgt mit zwingender Notwendigkeit, dass man auch eine Anfechtung und einen Widerruf irgendeiner Prozesshandlung nicht mehr zulassen darf, sobald diese einmal mit dem Schluss der mündlichen Verhandlung endgültig zum Prozessstoff geworden ist.

Auch hier zeigt sich wieder die Notwendigkeit, prozessrechtliche Grundsätze anzuwenden, und zwar unter Ausschluss der materiellrechtlichen. Wollte man beide nebeneinander an-

wenden, so käme man mit Stein[5]) zu dem Ergebnis, dass die Anfechtung einer solchen Erklärung praktisch fast ganz unmöglich wird. In diesem Punkte spricht sich auch Walsmann[6]) deutlich für die Anwendung prozessualer Regeln aus, obwohl er in der vorhergehenden theoretischen Darlegung mehr zu der „Doppelnatur“[7]) zu neigen scheint. Diese letztere Theorie lässt sich eben, wie sich auch hier wieder zeigt, nicht konsequent durchführen.

III. Die praktische Forderung, dass nach der Rechtskraft eine Anfechtung nicht mehr zugelassen wird, ist aber auch allein konsequent. Wenn die Aufhebungserklärungen Prozesshandlungen sind, dann muss man auch konsequenterweise ausschliesslich prozessuale Grundsätze anwenden und bei einer Kollision die materiellen Vorschriften restlos ausschalten.

Als Endergebnis aller dieser Untersuchungen ist festzustellen, dass lediglich prozessuale Grundsätze darüber entscheiden, ob eine ordnungsmässig abgegebene Erklärung Prozessstoff bleibt oder nicht.

§ 15.

Nichteintritt der Wirkung.

I. Wie gezeigt, hat eine ordnungsmässig abgegebene und nicht widerrufene Prozesserklärung eine Zivilrechtswirkung nur dann, wenn auf dieser Erklärung ein rechtskräftiges „richtiges“ Urteil beruht. Die Zivilrechtswirkung tritt also nicht ein, wenn entweder ein rechtskräftiges Urteil überhaupt nicht ergeht, oder wenn das ergehende Urteil nicht auf der Erklärung beruht. Diese beiden Fälle des Nichteintritts der beabsichtigten Zivilrechtswirkung bedürfen einer genaueren Darlegung.

II. 1. Dass ein rechtskräftig werdendes Sachurteil überhaupt nicht ergeht, nachdem eine Aufhebungserklärung ab-

5) Bem. VI, 3 vor § 128.
6) Arch. ZivPr. 102, 130.
7) Vgl. § 6 II B.

gegeben ist, ist aus verschiedenen Gründen denkbar. Ein häufiger Fall ist der der Klagzurücknahme, ein weiterer der Vergleich, ferner aber auch das Hervortreten eines Sachurteilshindernisses, dessen Geltendmachung nicht auf die Zeit vor der ersten mündlichen Verhandlung beschränkt ist[1]) (z. B. der Mangel der ausschliesslichen Zuständigkeit), oder endlich auch eine Unterbrechung, eine Aussetzung oder das Ruhen des Prozesses, wenn dieser nicht wieder aufgenommen wird.

In allen diesen Fällen erfolgt eine richterliche Deklaration über die res in judicium deducta überhaupt nicht, es werden gar keine Rechtsbeziehungen geschaffen, verändert oder aufgehoben. Aus diesem Grunde bleibt die etwa schon abgegebene Erklärung ohne jede Zivilrechtswirkung, das angegriffene Recht besteht weiter, wie wenn eine Aufhebungserklärung gar nicht abgegeben wäre.

2. Hat hier nun die Partei die Möglichkeit, ihrer Erklärung trotzdem Wirkung zu verschaffen? Jedenfalls kann ja die Partei die Erklärung in materiellrechtlicher Form ausserprozessual wiederholen. Diese neue Abgabe der Erklärung ist und bleibt jedoch stets eine neue Erklärung; es ist nicht möglich, anzunehmen, die Partei könne hier einfach erklären, dass sie auf ihrer Erklärung bestehe, und dass dann die prozessuale rechtzeitig abgegebene Erklärung in das materielle Recht herübergenommen werde. Ist die Erklärung an eine Frist geknüpft, so kann diese Frist nicht dadurch gewahrt sein, dass die Erklärung prozessual rechtzeitig abgegeben und dann auf die angegebene Weise in das materielle Recht hinübergenommen wird, wenn in diesem Augenblick die materielle Frist für die Abgabe der Erklärung bereits verstrichen ist[2]). Man muss ausnahms-

1) Verzichtbare prozesshindernde Einreden kommen hier nur ausnahmsweise in Frage, denn es hätte in der Regel die Einlassung verweigert werden müssen, also keine Erklärung zur Sache abgegeben werden können (vgl. § 274 III ZPO.).

2) Das behauptet Walsmann, Arch. ZivPr. 102, 132. Man kann diese Ansicht auch nicht damit begründen, dass in solchem Fall die Unverzüglichkeit deshalb gewahrt sei, weil die Partei an der Verzögerung kein Verschulden treffe.

los daran festhalten, dass die prozessuale Erklärung ausschliesslich für den Prozess abgegeben wird, und dass sie niemals in anderer Weise als durch Vermittlung des Urteils materiellrechtliche Wirkungen haben kann.

Die Partei hat also nicht die Möglichkeit, die Prozesserklärung trotz des Mangels des Urteils einfach aufrechtzuerhalten. In dieser Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung liegt jedoch deshalb praktisch keine Gefahr für die erklärende Partei, weil sie einen Vergleich jederzeit verhindern oder auch gerade dadurch den mit der Erklärung beabsichtigten Erfolg herbeiführen kann[3]), einer Klagrücknahme kann sie widersprechen, ein ruhendes Verfahren aufnehmen usw.

War ein Verfahren ausgesetzt oder unterbrochen, und wird es nicht fortgeführt, so kann in diesem Verfahren der Gegner jedenfalls keinen Vollstreckungstitel erlangen, und der Geltendmachung des angegriffenen Rechts in einem andern Verfahren würde die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstehen. Diese letztere Einrede fällt allerdings fort, wenn ein Sachurteilshindernis nach Abgabe der Erklärung zur Prozessabweisung geführt hat. Hier hat die Partei auch nicht die Möglichkeit, eine urteilslose Prozessbeendigung zu verhindern. Es tritt also hier wirklich der Ausnahmefall ein, dass die an eine Frist geknüpfte Erklärung rechtzeitig erfolgt war, dann aber hinfällig wird und (wegen Ablaufs der Frist) nicht wiederholt werden kann, ohne dass die Partei es verhindern könnte.

Dies ist jedoch kein Grund gegen die verfochtene Ansicht. Die Partei steht in einem solchen Falle nicht ungünstiger da, als wenn sie die Erklärung ausserprozessual an einen nicht legitimierten oder nicht geschäftsfähigen Gegner gerichtet und diesen Fehler zu spät bemerkt hätte. Es ist auch überhaupt nicht unerhört, dass jemand einen Rechtsnachteil deshalb erleidet, weil er das Recht nicht kennt. Die Partei hat die

3) Sie kann also z. B. den Vergleich auf der Grundlage abschliessen, dass die beiden aufzurechnenden Forderungen oder der ganze gegenseitige Vertrag aufgehoben wird. Das ist dasselbe, was sie mit ihrer Erklärung erreichen konnte und wollte.

Möglichkeit, wenn sie nicht selbst rechtskundig ist, sich auch im „Parteiprozess" durch einen Rechtskundigen vertreten oder wenigstens beraten zu lassen, der sie darauf aufmerksam zu machen hätte, dass es aus den angeführten Gründen sicherer ist, eine an eine Ausschlussfrist geknüpfte Erklärung ausser[4]) im Prozess auch noch ausserprozessual abzugeben[5]). Das hat ja dann allerdings den Nachteil, dass die Partei an diese Erklärung sofort gebunden ist, doch besteht eine solche Ausschlussfrist nur bei der Anfechtung; die Partei hat also nur hier ein Interesse an der unbedingten Wirksamkeit, der ihr durch die sofortige Unwiderruflichkeit erwachsende Nachteil beschränkt sich auf die Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB., sowie darauf, dass bei einem gegenseitigen Vertrage auch der ihr selbst zustehende Anspruch endgültig vernichtet wird[6]). Dies kann die Partei durch Widerruf nicht verhindern, aber auch nicht etwa dadurch, dass sie die ausserprozessual erklärte Anfechtung auch im Prozesse erklärt und dann diese Erklärung zurücknimmt, denn einmal ist hier (im Gegensatz zu dem umgekehrten, soeben erwähnten Fall) das Anfechtungsrecht durch Ausübung erloschen, es könnte also nur die durch die erfolgte Anfechtung eingetretene Nichtigkeit im Prozess behauptet werden; ferner aber könnte sich der Gegner, wenn die Behauptung der Nichtigkeit zurückgezogen wird, seinerseits auf diese Nichtigkeit berufen. Nur unter einer Voraussetzung kann eine solche ausserprozessuale Anfechtungserklärung hinfällig werden, wenn

4) Da die Prozesserklärung noch nicht endgültig ist, so ist das Anfechtungsrecht noch nicht durch Ausübung erloschen; auch braucht die ausserprozessuale Erklärung ja gerade nur für den Fall zu wirken, dass die Prozesserklärung nicht wirksam wird, dass also durch sie das Aufhebungsrecht nicht ausgeübt ist. Andernfalls ist diese zweite Erklärung zwar wirkungslos, aber auch überflüssig.

5) Praktisch kommt hier in Betracht, dass im Parteiprozess die fraglichen Aufhebungserklärungen auch als wirklich rechtsgeschäftliche Erklärungen vorkommen können, dass also die Parteien ganz unbewusst keine Prozesshandlungen, sondern (sofort unwiderrufliche) Rechtsgeschäfte vornehmen (vgl. oben § 6 II A).

6) Vgl. oben § 5.

nämlich hinterher ein rechtskräftiges („unrichtiges") Urteil ergeht, in dem diese Anfechtung nicht berücksichtigt und das angegriffene Recht als bestehend vorausgesetzt ist. Damit würde dann die schon durch die Anfechtung geänderte Rechtslage durch die authentische Urteilsdeklaration von neuem geändert werden, und eine neue Anfechtung wäre, ebenso wie jede andere Einwendung, durch den Schluss der mündlichen Verhandlung präkludiert.

Durch die Unwiderruflichkeit der ausserprozessualen Erklärung wird demnach der erklärenden Partei kein ungerechtfertigter Nachteil zugefügt.

III. 1. Weit häufiger, aber auch schwieriger ist der Fall, dass zwar ein rechtskräftiges Urteil zur Hauptsache ergeht, dies aber nicht auf der Aufhebungserklärung beruht. Das ist zunächst immer dann der Fall, wenn irgendein neues Moment dazwischentritt, das den Richter zu einer bestimmten Entscheidung zwingt, insbesondere also Versäumnis, Verzicht oder Anerkenntnis. Dem stehen aber auch Fälle gegenüber, wo ein kontradiktorisches Urteil gefällt wird, das auf richterlicher Überzeugung, aber nicht auf der abgegebenen Aufhebungserklärung beruht. Hierbei ist zu unterscheiden, ob die Deklaration tatsächlich die Aufhebung des angegriffenen Rechtes enthält oder nicht.

2. Wenn ein Aufhebungsrecht geltend gemacht worden ist, und dieselbe Partei, die es geltend gemacht hat, später ein Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil erlangt, so deklariert zwar dieses Urteil die Rechtslage so, wie die erklärende Partei sie durch ihre Aufhebungserklärung gestalten wollte. Aber auch wenn vielleicht tatsächlich das Anerkenntnis wegen der Aufhebungserklärung abgegeben ist, so ist doch die causa efficiens für die eingetretene Rechtsänderung die Erklärung des Anerkenntnisses, während die vorher abgegebene Aufhebungserklärung nur das Motiv zu dieser causa bildet. Deshalb beruht das Urteil nicht auf der Aufhebungserklärung, diese hat keine Zivilrechtswirkung. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Anerkenntnis eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung ist oder

nicht, jedenfalls ist die Aufhebungserklärung in diesem Falle keine solche. Die praktisch wichtige Folge ist, dass tatsächlich das Aufhebungsrecht nicht ausgeübt worden ist[7]), also die Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB. nicht besteht, die aufgerechnete Forderung anderweit mit Erfolg[8]) geltend gemacht werden kann, dass ferner bei Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages die Gegenforderung noch besteht, und dass es endlich nicht entschieden, aber auch unerheblich ist, ob das geltend gemachte Aufhebungsrecht tatsächlich bestanden hat oder nicht[9]).

Erklärt aber die Partei, die das Aufhebungsrecht gebraucht hat, nachträglich selbst ein Anerkenntnis oder einen Verzicht, und ergeht darauf ein Urteil gegen sie, so wird jedenfalls die Rechtslage nicht im Sinne der Aufhebungserklärung geändert. Soweit überhaupt eine Änderung erfolgt, ist die causa dafür das Anerkenntnis oder der Verzicht. Die abgegebene Aufhebungserklärung kann hier nicht einmal

---

7) Da es durch den Schluss der mündlichen Verhandlung (vgl. oben § 6 N. 8) präkludiert ist, kann es nun auch nachträglich nicht mehr ausgeübt werden.

8) Wird die Klage wegen der Aufrechnung abgewiesen, so steht zwar einer anderweitigen Geltendmachung der Gegenforderung ein prozessualer Grund gleichfalls nicht entgegen, insbesondere nicht § 322 Abs. 2 ZPO. Der Beklagte kann aber den Einwand der Tilgung mit Erfolg geltend machen, da ja die Aufrechnung in dem früheren Prozesse tatsächlich wirksam erklärt ist. Anders steht es in dem im Text erwähnten Fall.

9) Die praktische Konsequenz ist die, dass vielleicht der Gegner durch die Aufrechnungserklärung (die nun hinfällig geworden ist) zur Erklärung des Verzichts oder Anerkenntnisses erst veranlasst worden war und nun geschädigt wird. Das ist aber kein Argument gegen die verfochtene Lehre. Wenn sie allgemein anerkannt und bekannt wäre, so wäre ein derartiger Fall unmöglich. Gegen eine Unkenntnis des Rechts ist aber keine Lehre sicher. Missstände, die darauf zurückzuführen sind, können der Lehre nicht zum Vorwurf gemacht werden. Man darf auch nicht einwenden, dass die hier vertretene Ansicht den Prozess verteure, weil mehr kontradiktorische Urteile herauskämen und die Anerkenntnis- und Versäumnisurteile sich verminderten. In allen derartigen Fällen, wo die Gegenmeinung mit einem Versäumnisurteil oder dergl. auskommt, würde ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich dieselben Dienste tun.

das Motiv sein zu dieser causa, da sie zu ihr in schroffem Widerspruch steht.

Selbst wenn man in einem solchen Anerkenntnis oder Verzicht nicht eine ausdrückliche Zurücknahme aller früher gebrauchten Angriff- und Verteidigungsmittel sehen will, so ist doch die etwa abgegebene Aufhebungserklärung in dem der Entscheidung des Richters schliesslich unterbreiteten Prozessstoff nicht mehr enthalten. Dieser besteht nur aus der Klage, dem Anerkenntnis bzw. Verzicht, dem darauf gestützten Antrag des Gegners und den etwa gestellten Anträgen wegen der Vollstreckung.

Praktisch ebenso liegt der Fall des Versäumnisurteils gegen den Kläger in der ersten Instanz. Der ganze bisherige Inhalt der mündlichen Verhandlung kommt nicht mehr in Betracht, das Urteil beruht ausschliesslich auf den Folgen der Versäumnis.

Wenn (z. B. bei negativer Feststellungsklage) der Kläger in einem vorbereitenden Schriftsatz ein Aufhebungsrecht geltend macht, das sein Klagvorbringen schlüssig macht, und wenn dann ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergeht, so hat dies Versäumnisurteil die Anfechtungserklärung zur notwendigen Voraussetzung, es beruht also auf ihr. Dies trifft aber auch nur in diesem einen Fall zu, in allen andern Fällen der Versäumnis des Beklagten werden die früheren Erklärungen ebenso vernichtet wie bei einer Versäumnis des Klägers. In dem einen Falle ist die Rechtsänderung herbeigeführt durch die Aufhebungserklärung. Diese kann hier allerdings nur dann eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung sein, wenn sie überhaupt Prozesshandlung ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger behauptet, er habe das Aufhebungsrecht geltend gemacht, sondern nur dann, wenn er das Aufhebungsrecht in dem Termin geltend macht, in dem er das Versäumnisurteil beantragt, und wenn ferner dies sein Vorbringen dem Beklagten rechtzeitig mitgeteilt ist (§ 335 Ziff. 3 ZPO.)[10]).

10) Der Fall liegt dann eigenartig, wenn das Aufhebungsrecht (dessen Bestehen nicht geprüft wird) tatsächlich nicht bestand. Infolge des Nichterscheinens des Beklagten werden die Tatsachen als zugestanden angesehen,

Ist letzteres nicht der Fall gewesen, so beruht das Urteil weder auf der Aufhebungserklärung, noch überhaupt auf der Versäumnis, sondern auf falscher Rechtsanwendung durch den Richter, es ist „unrichtig".

Eine besondere Stellung wird in diesem Zusammenhang vielfach dem Versäumnisurteil gegen den Berufungsbeklagten (§ 542 Abs. II ZPO.) zugewiesen: Schneider[11]) will es hier für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung genügen lassen, dass sie zugestellt und — in Abwesenheit des Berufungsbeklagten — in der Verhandlung geltend gemacht wird. Er hat damit zweifellos recht, doch kann eine Besonderheit darin nicht erblickt werden. Oben (§ 7 II) wurde gezeigt, dass Prozesserklärungen mit Zivilrechtswirkung in gültigen Terminen ganz allgemein auch in Abwesenheit des Gegners abgegeben werden können. Insbesondere besteht auch kein wesentlicher Unterschied zu dem Versäumnisurteil gegen den Beklagten in erster Instanz, denn auch für die Berufungsinstanz verlangt Schneider folgerichtig, dass das tatsächliche neue mündliche Vorbringen des Berufungsklägers dem Berufungsbeklagten durch Schriftsatz rechtzeitig mitgeteilt sein müsse, damit ein Versäumnisurteil ergehen kann. Auch in der Berufungsinstanz sind die beiden Fälle möglich, dass der Berufungskläger eine ausserprozessual erfolgte Aufhebungserklärung behauptet, und dass er im Termin die Aufhebung erklärt. Nur im letzteren Falle liegt eine Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung vor, während im ersten Fall (falls die Erklärung tatsächlich ausserprozessual nicht abgegeben war) die durch den Prozess eintretende Rechtsänderung ausschliesslich auf der Versäumnisfolge beruht. Auch in der ersten Instanz erfährt der Beklagte erst durch das Urteil,

---

aus denen das Bestehen des Aufhebungsrechtes sich ergibt. Das Urteil ist „richtig" (oben § 2 Note 4 ff.), denn es beruht auf der Versäumnisfolge, nicht auf einem Irrtum des Richters, der ja das Bestehen des Aufhebungsrechts weder prüfen kann, noch darf. Praktisch liegt der Fall ebenso, wenn der Kläger der Wahrheit zuwider behauptet, er habe ein Aufhebungsrecht ausgeübt.

11) ZZP. 31, 283.

dass die Erklärung eine endgültige geworden ist. Dass Schneider das Versäumnisurteil erster Instanz nicht erwähnt, beruht vielleicht darauf, dass er an den Fall der negativen Feststellungsklage nicht dachte, es also für ausgeschlossen hielt, dass der Kläger überhaupt im Versäumnisverfahren erster Instanz ein Interesse an der Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes haben könne.

3. Wenn nach Abgabe einer Aufhebungserklärung eine Entscheidung ergeht, die auf freier Beweiswürdigung beruht, also nicht durch ein Anerkenntnis oder dergleichen beeinflusst worden ist, so kann es auch vorkommen, dass diese Entscheidung nicht auf der Aufhebungserklärung beruht, selbst wenn diese Aufhebungserklärung ordnungsmässig abgegeben ist und noch zum Prozessstoff gehört. Diese Fälle sind zu scheiden in solche, wo das angegriffene Recht noch als bestehend deklariert wird, und in solche, wo dies nicht der Fall ist.

Im ersten Fall besteht kein Zweifel, dass das Urteil nicht auf der Aufhebungserklärung beruht, denn das angegriffene Recht besteht nach der Deklaration ja noch. Der Grund, warum die Aufhebungserklärung nicht berücksichtigt worden ist, kann verschiedenster Art sein.

Entweder hat der Richter die Erklärung übersehen — dies ist ein Ausnahmefall — oder er war der (irrigen) Ansicht, dass sie nicht zu Recht abgegeben sei, oder endlich, er hielt sie zwar für ordnungsmässig abgegeben, hat sich aber von dem Bestehen des Aufhebungsrechtes nicht überzeugen können. Alle diese Fälle stimmen darin überein, dass das Urteil „unrichtig" ist. Die Aufhebungserklärung ist wirkungslos geblieben, weil sie ein „richtiges" rechtskräftiges Urteil nicht beeinflusst hat. Die Rechtslage ist überhaupt nicht in der beabsichtigten Richtung geändert worden[12]).

Wenn aber tatsächlich das Urteil die Rechtslage so deklariert, wie sie durch die Aufhebungserklärung werden sollte,

---

12) Die nachträgliche Geltendmachung des Aufhebungsrechtes ist in diesem Falle präkludiert (vgl. oben N. 7 und § 6 N. 8).

so ist aus dem Tenor nicht ohne weiteres ersichtlich, ob das Urteil auf der Aufhebungserklärung beruht oder nicht. Ob es der Fall ist, kann man nur aus den Entscheidungsgründen ersehen. Dass die Heranziehung der Entscheidungsgründe zur Auslegung des Tenors und des Inhalts seiner Rechtskraft zulässig ist[13]), ergibt sich unter anderem auch aus § 322 Abs. 2 ZPO., der den Entscheidungsgründen in einem besonderen Falle sogar Rechtskraft verleiht. Diese Entscheidungsgründe sind aber überhaupt — nicht nur in diesem Falle — die einzige Quelle, aus der sich über diese Frage etwas entnehmen lässt (Vgl. dazu auch § 266 StPO.).

Ergibt sich nun aus den Urteilsgründen, dass die Aufhebungserklärung für die Entscheidung nicht wesentlich war, dass also diese nicht auf der Erklärung beruht, so hat die Erklärung ihren Zweck verfehlt, sie ist nicht zur causa einer Rechtsänderung geworden.

Aber auch wenn sich ergibt, dass der Richter zwar die Aufhebungserklärung seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, dass er dies jedoch nicht hätte dürfen, so hat diese Erklärung keine Zivilrechtswirkung, denn das Urteil ist „unrichtig". Ein sicheres Kennzeichen ist hier, ob eine unter entsprechenden Umständen abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärung eine materielle Wirksamkeit haben würde. Lagen die Voraussetzungen einer solchen Wirksamkeit nicht vor (bestand also z. B. eine der beiden aufgerechneten Forderungen nicht), so wäre eine rechtsgeschäftliche Aufrechnung bedeutungslos gewesen. Unter den gleichen Umständen kann auch die prozessuale Aufrechnung keine Zivilrechtswirkung haben; daher das Postulat, dass das beeinflusste Urteil „richtig" sein muss.

IV. In allen Fällen aber, wo die Entscheidung durch die Aufhebungserklärung nicht beeinflusst worden ist, hat diese Erklärung gar keine zivilrechtlichen Wirkungen irgendwelcher Art, weder direkt — so dass eine Aufhebung des angegriffenen Rechtes infolge der Erklärung einträte —, noch auch indirekt

13) So neuerdings auch Stölzel, ZZP. 42, 443 ff.

— so dass irgendwelche Folgerungen aus der Abgabe der Erklärung als solcher gezogen werden könnten. Es kann also z. B. eine Forderung, die zur Aufrechnung verwandt werden sollte, anderweit geltend gemacht werden[14]), Schadensersatz nach § 122 BGB. kann nicht verlangt werden, denn tatsächlich ist ja das angegriffene Recht, wenn überhaupt, nicht durch die Aufhebungserklärung, sondern aus andern Gründen erloschen. War ein gegenseitiger Vertrag angefochten, so kann der Anfechtende s e i n e n Anspruch aus diesem Vertrage noch geltend machen[15]), denn tatsächlich i s t ja der gegenseitige Vertrag nicht angefochten worden, der aus ihm herrührende Anspruch des Gegners ist höchstens aus irgendwelchen andern Gründen erloschen.

§ 16.

Nachträglicher Fortfall der Wirkung. Wiederaufnahme des Verfahrens.

I. 1. „Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von neuem verhandelt“ (§ 590 Abs. 1 ZPO.).

Dies ist die einzige in Betracht kommende Bestimmung, die das Gesetz über die Wirkung der Wiederaufnahme gibt. Aus ihr muss alles weitere abgeleitet werden. Es kann und soll nicht auf die Streitfragen über das Wiederaufnahmeverfahren eingegangen werden, sondern es sind lediglich die aus der Tatsache

---

14) Falls nicht etwa der Richter die Aufrechnungserklärung deshalb nicht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, weil er die aufgerechnete Gegenforderung für n i c h t b e s t e h e n d erachtete. Dann steht § 322 ZPO. entgegen. Anders, wenn z. B. die Forderung damals noch nicht kompensabel (z. B. nicht fällig) war.

15) Kann dieser Anspruch noch angefochten werden? Präkludiert ist das Anfechtungsrecht jedenfalls nicht, aber auch nicht durch Ausübung erloschen, denn 1. ist ja tatsächlich überhaupt nicht wirksam angefochten, 2. kommt hier nur ein dem damaligen Kläger zustehendes Anfechtungsrecht in Frage, das der Beklagte überhaupt nicht ausüben konnte. Die Frage ist also zu bejahen.

der Wiederaufnahme sich für die Wirkung der Aufhebungserklärungen ergebenden Folgerungen zu ziehen.

2. Wenn die Hauptsache zu einem bestimmten Teil noch einmal „verhandelt" wird, so wird auch insoweit neu zur Hauptsache entschieden. Daraus folgt zunächst, dass die Voraussetzungen für die Abgabe einer Prozesshandlung mit Zivilrechtswirkung auch im Wiederaufnahmeverfahren gegeben sind, dass also auch in dieser neuen Verhandlung noch Aufhebungserklärungen abgegeben werden können, natürlich nur, insoweit die Hauptsache von dem Wiederaufnahmeverfahren betroffen wird. Inwieweit dies aber der Fall ist, ist Frage des Einzelfalles und hier nicht zu erörtern. Es genügt die Feststellung, dass die im Wiederaufnahmeverfahren abgegebene Aufhebungserklärung, wenn sie das dann ergehende Urteil beeinflusst, ebenso Zivilrechtswirkung haben kann, wie die in dem aufgehobenen Verfahren abgegebene. Da auch hier Verzicht, Anerkenntnis, Versäumnis usw. denkbar sind, so gelten für die Aufhebungserklärungen im Wiederaufnahmeverfahren genau die gleichen Regeln, wie für die im eigentlichen Verfahren abgegebene. Alles dies bedarf keiner weiteren Erörterung.

II. 1. Wesentlich ist dagegen die Frage, was aus der im aufgehobenen Verfahren abgegebenen Erklärung wird, wenn das Urteil der Aufhebung anheimfällt.

Wird der Wiederaufnahmeantrag[1]) für zulässig und begründet erklärt, so ist damit das angefochtene Urteil beseitigt. Auch wenn nachher etwa ein genau entsprechendes judicium rescissorium ergeht, so liegt doch darin nicht eine Aufrechterhaltung des früheren Urteils, sondern es ist ein völlig neues Urteil, das auf der Wiederaufnahmeverhandlung beruht[2]).

Wenn aber das die Zivilrechtswirkung vermittelnde rechtskräftige Urteil aufgehoben wird, so fällt auch die Wirksamkeitsvoraussetzung für die Aufhebungserklärung fort, es wird also diese Erklärung nachträglich materiell unwirksam. Die

1) Durch judicium rescindens.

2) Nur scheinbar abweichend Stein, Bem. IV zu § 590.

Rechtslage ist hier ähnlich[3]) wie beim Eintritt einer auflösenden Bedingung, jedoch mit dem wesentlichen Unterschied, dass hier die Unwirksamkeit ex tunc eintritt. Man wird jedenfalls die für die Bedingung geltenden Grundsätze nicht ohne weiteres anwenden können. Wie es insbesondere steht, wenn zwischen der letzten Tatsachenverhandlung im ursprünglichen Verfahren und der im Wiederaufnahmeverfahren die Rechtslage durch Rechtsgeschäft weiter verändert ist, ist eine besondere Frage für sich, deren Lösung hier zu weit vom Weg abführen würde[4]).

2. Dieser völlige Fortfall der schon eingetretenen Zivilrechtswirkung ist jedoch nur die logisch konsequente Regel, die in der Praxis vielfach durchbrochen werden muss; und zwar sind es zwei Momente, die hier entscheidend mitsprechen:

a) Einmal wird ja nicht das ganze Verfahren, sondern nur das Urteil aufgehoben nebst demjenigen Teil des Verfahrens, der von dem Wiederaufnahmegrund betroffen wird. Nur in einzelnen Fällen wird — wenigstens bei der Restitutionsklage — die Aufhebungserklärung darin eingeschlossen sein.

Es bleibt also das Verfahren mit Ausnahme des einen Teiles aufrechterhalten, und das ergehende judicium rescissorium beruht — neben der Verhandlung im Wiederaufnahmeverfahren — gleichzeitig auch auf den erhalten gebliebenen Teilen der Verhandlung in dem ursprünglichen Verfahren. Es können also die Erklärungen, die in diesem Verfahren abgegeben sind, auf das neue Urteil ebenso von bestimmendem Einfluss sein, wie sie ihn auf das aufgehobene Urteil hatten, und wie ihn die im Wiederaufnahmeverfahren abgegebenen Erklärungen haben.

Es ist dies jedoch nicht so aufzufassen, als würde dann die infolge des ersten Urteils eingetretene Rechtsänderung aufrechterhalten, sondern diese Rechtsänderung wird durch die Auf-

---

3) Aber nicht dieselbe.

4) Vgl. darüber Pagenstecher, Rechtskraft S. 394, N. 928; Kohler, ZZP. 29, 36, N. 38.

hebung des angefochtenen Urteils zunächst beseitigt, um dann mit der Rechtskraft des neuen Urteils wieder geschaffen zu werden. Zwischendurch hat das nun von neuem aufgehobene Recht bestanden [5]).

b) Selbst wenn aber diese automatische Wiederherstellung der aufgehobenen Rechtswirkung nicht eintritt, bleibt doch der erklärenden Partei noch die Möglichkeit, die Erklärung aus dem aufgehobenen Teil der früheren Verhandlung zu wiederholen und so von neuem in den Prozess einzuführen. Allerdings ist diese Wiederholung keine eigentliche Aufrechterhaltung der früheren Erklärung, sondern die Abgabe einer neuen. Daraus ergeben sich die gleichen Konsequenzen, wie wenn im ursprünglichen Prozess die Klage zurückgenommen wäre, und die erklärende Partei ihre Aufhebungserklärung aufrechterhalten wollte, d. h. also, die Erklärung ist eine völlig neue und es kann sich keine der beiden Parteien irgendwie darauf stützen, dass die Erklärung im ursprünglichen Prozess schon abgegeben worden ist.

Hierin ist indes eine Ungerechtigkeit nicht zu erblicken, denn der die Erklärung enthaltende Teil der ersten Verhandlung wird ja nur dann von dem Wiederaufnahmegrund betroffen, wenn ein gröberer Verstoss gegen das Gerichtsverfassungsgesetz oder das Strafgesetzbuch vorgekommen ist. In beiden Fällen kann man aber die Erklärung nicht für besonders rechtsschutzbedürftig halten, da sie nach allgemeinen Grundsätzen wegen Formmangels oder Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot von selbst n i c h t i g wäre.

c) Die beiden Fälle zu a und b haben das Gemeinsame, dass schliesslich eine Rechtsänderung eintritt, dass also die Erklärung eine Zivilrechtswirkung hat; jedoch kann in beiden Fällen der Eintritt der Rechtsänderung nur auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren

5) Es k a n n natürlich vorkommen, dass judicium rescindens (Aufhebung des alten Urteils) und judicium rescisorium (Erlass des neuen Urteils) zusammenfallen. Dann — und n u r dann — tritt der Schwebezustand der Zwischenzeit nicht ein.

zurückbezogen werden, denn das die Rechtsänderung vermittelnde Urteil ist das judicium rescissorium, das die Rechtslage zum Schluss der Wiederaufnahmeverhandlung, nicht der Verhandlung im ersten Prozess, deklariert [6]).

§ 17.

Anhang.

Einhaltung von Fristen.

I. 1. Eine Erklärung kann natürlich nur dann eine Zivilrechtswirkung haben, wenn die materiellen Voraussetzungen für die Abgabe der Erklärung vorhanden sind. So muss z. B. eine zur Aufrechnung gestellte Forderung begründet und zur Aufrechnung geeignet, eine anzufechtende Erklärung anfechtbar sein usw. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hat der Richter zu untersuchen, wenn er sein Urteil auf die Aufhebungserklärung gründen will [1]). Es ist auch selbstverständlich, dass diese Voraussetzungen nicht nach Prozessrecht, sondern nach materiellem Recht zu entscheiden sind, da es sich ja nicht um die wirksame A b g a b e der Erklärung handelt.

2. Eine Kollision tritt dann ein, wenn es fraglich ist, ob es sich im Einzelfall um eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erklärung oder für den Bestand des Aufhebungsrechts handelt. In Betracht kommen hier im wesentlichen die Geltendmachung eines Aufhebungsrechtes durch oder gegen Rechtsnachfolger, sowie die Abhängigkeit des Aufhebungsrechtes von der

6) So auch Stein, § 590 Bem. II. A. M. Pagenstecher, Rkr. 378 ff. Auf diesen Gegensatz kann hier nicht eingegangen werden; Pagenstecher muss natürlich zu dem Ergebnis kommen, dass auch hier die Rechtsänderung auf den Schluss der Tatsachenverhandlung im eigentlichen Verfahren zurückzubeziehen ist.

1) Vgl. oben § 13 zu N. 25. Liegen die Voraussetzungen **nicht** vor, berücksichtigt der Richter aber trotzdem die Erklärung, so ist das Urteil „unrichtig“ (vgl. oben § 2 zu N. 4 ff.), eine Zivilrechtswirkung tritt dann nicht ein.

Einhaltung einer bestimmten Frist. Der erste dieser Fälle würde ein der eigentlichen Untersuchung völlig fernliegendes, ausführliches Eingehen auf die Frage der Rechtsnachfolge verlangen [2]), er kann daher hier nicht erörtert werden. Dagegen ist die Frage der Einhaltung von Fristen viel erörtert und umstritten worden.

II. 1. Die Frage ist, praktisch gestellt, die, ob eine nach materiellem Recht an eine Frist gebundene Aufhebungserklärung, also z. B. die Erklärung der Irrtumsanfechtung (wenn sie als Prozesserklärung erfolgt) nur bis zum Ablauf der in § 121 BGB. gesetzten Frist — also ohne schuldhaftes Zögern — oder nach § 278 ZPO. bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden kann. Mit der Frage hat sich zunächst das Reichsgericht [3]) beschäftigt; es stellt sich, wenn es dies auch nur beiläufig ausspricht, auf den ersten Standpunkt. Dagegen wendet sich mit guten Gründen Schneider [4]). Wegen der vorbereitenden Natur der Schriftsätze muss man der Partei mindestens bis zu derjenigen mündlichen Verhandlung, die auf den Ablauf der Frist folgt, Zeit lassen, da sie erst dann wieder prozessuale Erklärungen abgeben kann. Schneider behauptet aber weiter, es müsste „strictissime nach § 278 Abs. 1 ZPO." die Erklärung zulässig sein bis zur Beendigung der mündlichen Verhandlung — unter ausschliesslicher Anwendung prozessualer Grundsätze. Zur Begründung führt er insbesondere an, die „unverzügliche" Geltendmachung der Irrtumsanfechtung sei eine dem Laien unverständliche Formalität, vor allem aber falle bei der Prozesserklärung der Zweck des § 121 BGB., nämlich möglichst bald dem Gegner Rechtsgewissheit zu verschaffen, fort, da ja im Prozess die Rechtslage ohnehin erst mit dem Urteil geklärt werde.

2. Nicht nur im Endergebnis muss man Schneider recht geben, sondern auch in seiner „aus dem Wesen des Prozesses abgeleiteten" Begründung.

2) Vgl. oben § 10 III.
3) RG. 49, 392, insbesondere S. 395. Vgl. Walsmann, Arch. ZivPr. 102, 132.
4) ZZP. 31, 278 ff.

Nur die Voraussetzungen der Erklärung, also das Bestehen des Aufhebungsrechtes ist nach materiellem Recht zu prüfen, die Erfordernisse der Erklärung selbst, insbesondere auch ihre Form und die Frist, innerhalb deren sie abgegeben werden muss, sind dagegen nach Prozessrecht zu beurteilen.

Der Gesichtspunkt, der im Prozess alle Fristen für die Herbeischaffung von Tatsachenmaterial beherrscht, ist der, dass das gesamte Parteivorbringen zusammengefasst wird in den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung; dieser Zeitpunkt ist allein dafür massgebend, ob eine Tatsache rechtzeitig geltend gemacht ist oder nicht. Daraus folgt, dass es völlig unerheblich ist, ob eine Erklärung in dem Prozess früher oder später eingeführt ist, sofern sie nur in diesem massgebenden Zeitpunkt schon bzw. noch Prozessstoff ist.

Zu beachten ist hierbei, dass diese ausschliessliche Anwendung prozessualer Grundsätze natürlich nur für Erklärungsfristen, nicht aber für Ausschlussfristen gilt. Die Erklärung einer Irrtumsanfechtung ist 30 Jahre nach Abgabe der Erklärung auch durch Prozesshandlung nicht mehr möglich.

3. Hierin liegt aber nicht nur eine Erweiterung, sondern unter Umständen auch eine Beschränkung der Erklärungsmöglichkeit: Gibt nämlich das materielle Recht eine Frist für die Erklärung, die im konkreten Fall über den Schluss der mündlichen Verhandlung hinaus dauert, so kommt diese längere Frist nicht in Betracht gegenüber der prozessualen Regel, die beim Schluss der mündlichen Tatsachenverhandlung einen Schnitt macht und jedes weitere tatsächliche Vorbringen zu der bisherigen Rechtslage ausschliesst. Da das Urteil ferner eine Rechtslage authentisch deklariert, so kann auch späterhin eine Aufhebungserklärung nicht auf ein Ereignis gestützt werden, das vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung liegt (vgl. auch § 767 Abs. 2 ZPO.). Es ist also hier durch die Rechtshängigkeit des an sich aufhebbaren Rechtes die Frist für die Geltendmachung des Aufhebungsrechtes beschränkt.

Diese Regelung entspricht durchaus dem Wesen des Pro-

zesses, der die in ihn eingeführten Rechtsverhältnisse endgültig regeln muss.

4. Die prozessualen Vorschriften gelten jedoch erst von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an. Soll ein vor der Rechtshängigkeit entstandenes Aufhebungsrecht geltend gemacht werden, so ist dafür Voraussetzung, dass es beim Eintritt der Rechtshängigkeit nicht nur noch bestand, sondern auch noch ausgeübt werden konnte. Wenn also etwa die nach materiellem Recht bestehende Erklärungsfrist schon vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit abgelaufen war, so kann die dadurch eingetretene Unmöglichkeit der Geltendmachung des Aufhebungsrechts nicht mehr durch die Rechtshängigkeit beseitigt werden. Trotz der Vorschrift des § 278 ZPO. kann ein solches Aufhebungsrecht auch „im Prozess" durch Prozesshandlung nicht mehr geltend gemacht werden. Durch die Rechtshängigkeit wird gewissermassen der Fristenlauf suspendiert, so dass eine noch nicht abgelaufene Frist nicht weiterläuft, eine schon abgelaufene aber nicht von neuem beginnt[5] [6]).

5. Für alle diese Fragen ist es natürlich unerheblich, ob der Erklärende das geltend gemachte Aufhebungsrecht vor oder nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit erworben oder von ihm erfahren hat, ob also die Erklärungsfrist beim Eintritt der Rechtshängigkeit bereits lief oder nicht.

5) Vgl. Schneider a. a. O. S. 279.

6) Selbstverständlich ist, dass bei einem gegenseitigen Vertrage die Anfechtungsfristen für beide Parteien getrennt laufen. Der Ablauf der einen Frist hat auf die andere gar keinen Einfluss. Ebenso steht es auch, wenn eine Partei nach dem Ablauf einer Anfechtungsfrist von einem andern selbständigen Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt.

Viertes Kapitel.

§ 18.

Einige praktische Ergebnisse.

I. Es ist hier nicht beabsichtigt, eine Aufzählung aller praktisch möglichen Fälle zu geben, es soll nur an einzelnen Fällen die Brauchbarkeit der bisher gefundenen Sätze erprobt werden. Die wichtigsten praktischen Fragen, die bisher nur im Vorübergehen gestreift werden konnten, sind weniger die nach der unmittelbaren Wirkung der Aufhebungserklärung — diese zeigt sich in dem Urteil —, sondern die nach den sekundären Folgen. In Betracht kommt hierbei insbesondere das Erlöschen der zur Aufrechnung verwandten Forderung und ferner die Nichtigkeit des ganzen Vertrages bei der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages. (Vgl. dazu oben § 5.)

Ob diese Nebenwirkungen eintreten oder nicht, hängt stets davon ab, ob das ergangene Urteil auf der Aufhebungserklärung beruht, ob diese also materielle Wirksamkeit erlangt oder nicht.

II. *Fall 1:*

A klagt gegen B auf Zahlung des Kaufpreises von 3000 M. für gelieferte Waren und legt einen von B unterzeichneten Vertragsantrag vor, in dem als Preis 3000 M. angegeben sind. B weist nach, dass er tatsächlich damals nicht 3000 M., sondern nur 300 Taler habe bieten wollen, und erklärt daraufhin die Anfechtung dieses Vertragsangebots wegen Irrtums. Die Klage wird „wegen der Anfechtung“ abgewiesen.

Hier beruht das Urteil auf der Anfechtungserklärung, der Vertrag ist also nichtig geworden. Die Folge davon ist, dass A nach § 812 seine Waren, auch nach § 122 BGB. Schadensersatz verlangen kann.

Fall 2:

Wie Fall 1, nur schliessen nach Abgabe der Anfechtungserklärung die Parteien einen Vergleich dahin, dass B nur 900 M. (gleich 300 Taler) zahlen soll. Hier ergeht überhaupt kein Urteil, der Kaufvertrag ist also jedenfalls nicht infolge der Anfechtungserklärung nichtig geworden. Ein Rückforderungsrecht des A ist nicht zu begründen, falls es nicht etwa in den Vergleich aufgenommen ist.

Fall 3:

Wie Fall 1, nur hat A infolge der Anfechtungserklärung seinen Klagantrag auf 900 M. ermässigt. Die Klage wird abgewiesen, weil eine Umdeutung der Erklärung des B nicht zulässig erscheine.

Hier beruht das Urteil auf der Anfechtungserklärung, denn wenn diese nicht erfolgt wäre, so hätte B nach dem (neuen) Klagantrag verurteilt werden müssen. Es steht jedem Gläubiger durchaus frei, auch nur einen Teil seiner Forderung geltend zu machen. A kann also seine Waren herausverlangen.

Fall 4:

Wie Fall 1, nur hat A wegen der Anfechtungserklärung des B Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen, das auch rechtskräftig geworden ist. Wenn nun A neue Klage auf Zahlung von 900 M. erhebt, so muss diese auf jeden Fall abgewiesen werden, da ja rechtskräftig feststeht, dass A aus diesem Vertrage nichts zu fordern hat. Aber auch seine Waren erhält er nicht zurück, da das rechtskräftige Urteil nicht auf der Anfechtungserklärung, sondern auf der Versäumnisfolge beruht. Dies ist nicht ungerecht, denn A ist in jedem andern Fall in der gleichen Lage, wo er ein rechtskräftiges Versäumnisurteil deshalb gegen sich ergehen liess, weil er sich über die in Betracht kommenden Rechtssätze oder auch in tatsächlicher Beziehung geirrt hat.

Fall 5:

Wie Fall 1, nur konnte der gesetzliche Vertreter des 20jährigen B seine Vertretungsmacht nicht nachweisen, ist aber nach § 56 Abs. 2 ZPO. zur Prozessführung einstweilen zugelassen worden. Er erklärt die Anfechtung namens des B, kann

aber den Nachweis seiner Vertretungsmacht auch innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht führen. Dies wird indes (vielleicht wegen Richterwechsel) übersehen, und die Klage „wegen der Anfechtung" abgewiesen. A kann hier seine Waren nicht zurückverlangen, da sein Anspruch auf den Kaufpreis zwar erloschen ist, die Anfechtungserklärung aber nicht ordnungsmässig abgegeben war, also keine Zivilrechtswirkung hatte [1]).

Der gleiche Nachteil droht aber dem A stets dann, wenn ein Fehler des Richters vorkommt, er ist keine Folge der Grundsätze über die Aufhebungserklärung. Ebenso wäre zu entscheiden, wenn irgend ein anderer Grund vorlag, dass die Anfechtungserklärung des B nicht wirksam werden konnte, wenn sie also z. B. lediglich im vorbereitenden Schriftsatz erklärt, trotzdem aber vom Richter prozessordnungswidrig berücksichtigt war [2]); ferner aber auch, wenn die Klage auf Grund einer tatsächlich n i c h t erfolgten ausserprozessualen Anfechtungserklärung abgewiesen war. Wenn die Frist für die Anfechtung inzwischen verstrichen ist, kann A seine Waren auch nicht durch Nachholung der Anfechtung wieder erlangen.

Fall 6:

A klagt gegen B aus Darlehen auf 100 M. nebst 4 % Zinsen seit dem Tage der Klagerhebung (1. April 1912). Im Laufe des Prozesses (am 1. Oktober 1912) erwirbt B gegen A eine Forderung von 200 M., die zu 5 % verzinslich ist. B erklärt im März 1913 die Aufrechnung; im Termin am 1. April 1913 erscheint A nicht mehr (vielleicht, weil er glaubt, sich die höheren Urteilskosten zu sparen). Die Klage wird dann durch Versäumnisurteil rechtskräftig abgewiesen.

Hier kann B seine ganze Forderung weiter geltend machen, wie wenn eine Aufrechnung gar nicht erklärt wäre. Dass A das Versäumnisurteil nur wegen eines Irrtums hat ergehen lassen, kommt demgegenüber nicht in Betracht [3]).

1) A kann nach § 579 Ziff. 4 ZPO. allerdings noch 5 Jahre lang Nichtigkeitsklage erheben. Vgl. dazu oben § 16 und § 13 zu N. 20.

2) Vgl. oben § 11.

3) Vgl. oben § 15 N. 9.

Fall 7:

Wie Fall 6, nur war A im Termin am 1. April 1913 erschienen und hatte der Aufrechnung mit der (objektiv unwahren) Behauptung widersprochen, er habe bezüglich der Forderung des B mit dessen Zedenten vertragsmässig die Aufrechnung ausgeschlossen.

Die Klage des A wird abgewiesen mit der Begründung, dies pactum de non compensando sei zwar abgeschlossen, B brauche es aber nicht gegen sich gelten zu lassen. Diese Urteilsbegründung ist rechtlich falsch, trotzdem aber beruht das Urteil auf der Aufhebungserklärung [4]), B kann also seine Forderung nicht mehr in voller Höhe geltend machen.

Fall 8:

Für B in Stargard ist auf dem in Altdamm gelegenen Grundstücke des A eine Hypothek von 6000 M. eingetragen. Durch arglistige Vorspiegelung des A wird B veranlasst, auf diese Hypothek mündlich zu verzichten. Das Grundbuchamt lehnt den Antrag des A, den Übergang der Hypothek auf ihn einzutragen, mit der Begründung ab, die Verzichtserklärung ermangle der nach § 29 GBO. vorgeschriebenen Form. A erhebt deshalb im Mai 1912 beim Landgericht Stargard gegen B Klage auf Erteilung der Löschungsbewilligung. B erklärt in der Klagebeantwortung, er habe am 15. Januar 1912 die arglistige Täuschung des A bemerkt, und fechte den Vertrag nach § 123 BGB. an. Im Termin zur mündlichen Verhandlung nehmen beide Anwälte auf die gewechselten Schriftsätze Bezug. Nachdem der Prozess sich bis zum August 1912 hingezogen hat, wird die Klage auf Grund des § 24 ZPO. abgewiesen. A erhebt darauf im März 1913 bei dem ausschliesslich zuständigen Landgericht Stettin neue Klage auf Erteilung der Löschungsbewilligung. B beruft sich auf die im Schriftsatz vom Mai 1912 erklärte Anfechtung und beantragt Abweisung der Klage.

Bei dieser Sachlage muss der Klage stattgegeben werden, denn die in der Klagebeantwortung vom Mai 1912 erklärte

4) Denn der Irrtum des Richters ist für die Entscheidung nicht kausal, das Urteil ist „richtig".

Anfechtung konnte sich nur auf den damaligen Prozess beziehen. Wollte B ausserdem ausserprozessual anfechten, so hatte er dafür ja genügend Zeit. Mit der Prozessabweisung vom August 1912 ist auch die Anfechtungserklärung vom Mai 1912 hinfällig geworden[5]).

III. Diese kurze Zusammenstellung der wenigen Fälle möge genügen, um zu zeigen, dass die entwickelten Grundsätze in der Praxis durchaus brauchbar sind. Zuzugeben ist ja, dass diese Lösung es auch nicht allen recht machen kann. Aber da sich ja im Prozess stets zwei streitende Parteien gegenüberstehen, so ist es natürlich niemals möglich, eine Lösung zu finden, die beiden angenehm ist. Stets wird eine Partei bei der Anwendung der einen Lehre schlechter stehen als bei der andern.

Es sollte aber hier auch nicht eine Lösung gefunden werden, die es den Parteien recht macht, sondern eine solche, die der Gerechtigkeit möglichst nahe kommt.

Die wenigen unerfreulichen Konsequenzen, die sich ergeben, folgen auch nicht etwa aus der hier verfochtenen Theorie, sondern aus ganz andern Momenten, z. B. der mangelhaften Regelung der Streitgenossenschaft, den Schwierigkeiten der Prozessstandschaft u. a. m. In diesen Fällen muss aber auch die gegnerische Theorie zu den gleichen Schwierigkeiten kommen, wie oben gezeigt ist[6]).

Der ausschlaggebende Vorzug gegenüber andern Theorien ist der, dass hier ohne jede Schwierigkeit auf alle praktischen Fragen eine brauchbare Antwort gegeben werden kann. Wenn auch diese Antwort für die Parteien zuweilen unangenehm ist, so ist sie doch immer besser als eine Antwort, die man erst mühsam suchen muss, und die dann doch nicht zuverlässig ist. Diese Theorie entspricht auch allein den obersten Grundsätzen des Prozesses. Die Verhandlungsmaxime verlangt es, dass den Parteien in jeder Weise möglichst grosser Spielraum gelassen wird. Sie haben sogar in der Berufungsinstanz noch das Recht,

5) Vgl. oben § 15, II, 1.
6) Vgl. oben § 10.

neue Behauptungen aufzustellen, ja es kann sogar sein, dass ein „materiell ungerechtfertigtes“ Urteil der ersten Instanz (vielleicht durch den Eintritt einer Bedingung) in der zweiten Instanz aufrechterhalten werden kann durch ein Urteil, das selbst materiell gerechtfertigt ist. Es hiesse die Verhandlungsmaxime durchbrechen, wollte man den Parteien die Möglichkeit nehmen, auch Gestaltungserklärungen nach Belieben im Prozess abzugeben und auch wieder zurückzunehmen.

Solange natürlich die Praxis der hier verfochtenen Theorie ablehnend gegenübersteht, kann sie ihre nützlichen Folgen noch nicht zeigen. Man kann sich ja nicht darauf verlassen, ob nicht das Gericht doch einer andern Theorie folgt und infolgedessen gerade das ein Fehler ist, was man nach seiner eigenen Theorie für richtig und notwendig gehalten hat. Aber daraus kann man dieser Theorie keinen Vorwurf machen; anders wäre es ja, wenn jemand nicht wüsste, was er zu tun hat, wenn er weiss, dass das Gericht sich der hier verfochtenen Theorie anschliesst.

Es ist zu hoffen, dass auch die Praxis allmählich dieser Theorie folgen wird, und dass so viel Unklarheit aus dem Prozessrecht verschwindet. Dann wird die Wissenschaft sich den Dank der Praxis in reichem Masse verdient haben.

Lebenslauf.

Ich, Helmuth Hugo Heinrich Delbrück, Sohn des verstorbenen Rechtsanwalts Dr. jur. Viktor Delbrück in Stettin, bin am 4. November 1891 in Stettin geboren. Vom Herbst 1900 ab besuchte ich das Königliche Marienstifts-Gymnasium in Stettin, das ich im Herbst 1909 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Hierauf studierte ich Jurisprudenz an den Universitäten Berlin, Genf, München und Halle, habe aber auch kunstgeschichtliche und insbesondere staatswissenschaftliche Vorlesungen besucht.

Meine Lehrer waren, in Berlin: Eberstadt, Kipp, v. Martitz, Seckel, v. Seeler, Wagner; in Genf: de Claparède, Meumann, de Vulliéty; in München: Birkmeyer, v. Brentano, Burger, Gareis, Hellmann, Kitzinger, Rothenbücher, v. Seuffert, v. Ullmann, Voll, Wenger; in Halle: Conrad, Fehr, Finger, Gehrig, Langheineken, Lastig, Loening, Pagenstecher, Rehme, Stammler.

Mein Hauptinteresse wandte ich dem öffentlichen Recht und dem Zivilprozess zu. Eine besondere Förderung verdanke ich in Halle den Herren Professoren Loening, Langheineken und Pagenstecher.

Am 22. November 1912 habe ich in Naumburg meine erste juristische Prüfung bestanden und bin darauf am 23. Dezember 1912 als Referendar am Königlichen Amtsgericht in Pölitz in Pommern verpflichtet, im April 1914 an das Königliche Landgericht in Stettin versetzt worden.

Anfangs des Jahres 1913 nahm ich einen längeren Urlaub, um in Halle an der vorliegenden Dissertation zu arbeiten. Beendet worden ist sie in der Zeit meiner Beschäftigung am

Königlichen Amtsgericht in Pölitz. Das examen rigorosum bestand ich am 26. Mai 1914.

Für die freundliche Anregung und die Förderung, die mir Herr Professor Pagenstecher bei dieser Arbeit in hohem Masse zuteil werden liess, bin ich ihm zu grossem Danke verpflichtet, und ich möchte nicht verfehlen, diesen hier noch einmal besonders auszusprechen.

Thesen.

1. Der Prozessbevollmächtigte kann in der Form der Prozesshandlung alle Erklärungen, auch solche materiellen Inhaltes, im Namen der Partei abgeben. Dies Recht kann nur nach Massgabe des § 83 der Zivilprozessordnung beschränkt werden.
2. Jede im Prozess abgegebene Aufhebungserklärung hat nur insoweit materielle Bedeutung, als sie ein rechtskräftiges Urteil erkennbar beeinflusst.
3. Ein Gebäudeteil, der nicht selbständig benutzbar ist und der auf einem fremden Grundstück steht, gehört in jedem Falle dem Eigentümer des ganzen Gebäudes.
4. Der Satz, dass Ausnahmevorschriften einer analogen Anwendung nicht fähig seien, ist in seiner Allgemeinheit nicht richtig.
5. Dem Papste steht eine völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit nicht zu.
6. Die Strafvorschrift des § 361 Ziff. 10 StGBs. trifft auch den Erzeuger eines unehelichen Kindes.